Zur Frage der rechtsgeschäftlichen Ausgestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft durch die Ehegatten

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Johann-Wolfgang-Goethe-Universität
zu Frankfurt am Main

vorgelegt von
Elsie Kühn-Leitz

1936

Referent: Profeſſor Dr. Friedrich Klauſing.

Korreferent: Profeſſor Dr. Franz Beyerle.

Tag der mündlichen Prüfung: 29. Februar 1932.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Druck: J. H. Born, Wuppertal-Elberfeld

Meinem hochverehrten erſten Lehrer des Bürgerlichen Rechts

Geheimrat Professor Dr. Wilhelm Kisch,

ſtellvertretender Präſident der Akademie für Deutſches Recht,

gewidmet.

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung 1

I. Abſchnitt:

Grenzen der Vertragsfreiheit im Recht der perſönlichen Beziehungen zwiſchen den Ehegatten 3

II. Abſchnitt:

Vereinbarungen über die eheliche Lebensgemeinſchaft . . . 21

III. Abſchnitt:

Vereinbarungen über das Entſcheidungsrecht des Mannes . . 36

IV. Abſchnitt:

Vereinbarungen über die Stellung der Frau im Hauſe:

A. Die Hausleitungsgewalt und die Mitarbeitspflicht der Ehefrau 47

B. Die Schlüſſelgewalt der Ehefrau 54

V. Abſchnitt:

Vereinbarungen über die Berufstätigkeit der Frau:

A. Die unſelbſtändige berufliche Tätigkeit der Ehefrau und das ehemännliche Kündigungsrecht 60

B. Das ſelbſtändige Erwerbsgeſchäft der Ehefrau 66

VI. Abſchnitt:

Vereinbarungen der Ehegatten über die gegenſeitige Haftung 70

VII. Abſchnitt:

Vereinbarungen über die eheliche Unterhaltspflicht:

A. Die regelmäßige Unterhaltspflicht der Ehegatten 74

B. Die Verpflichtung zur Unterhaltsgewährung bei Getrenntleben der Ehegatten 80

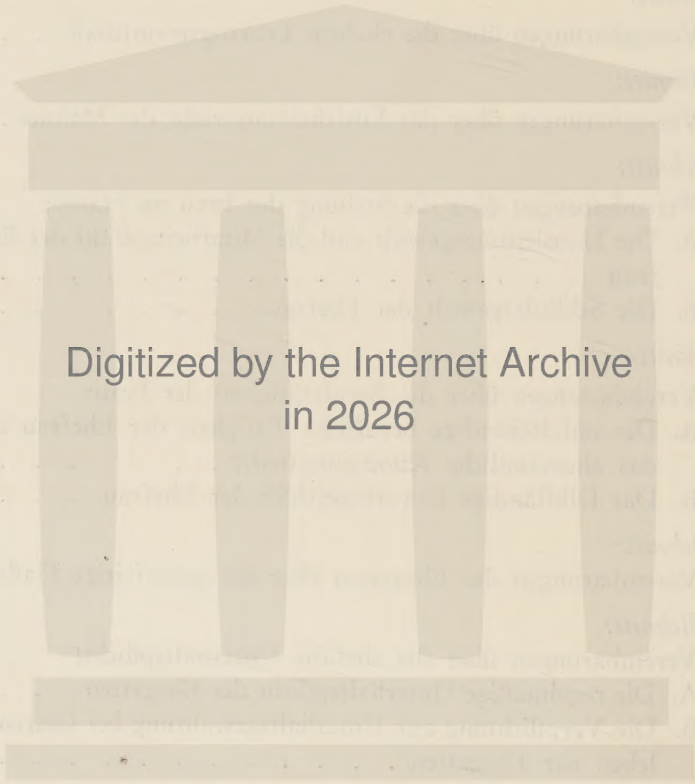
VIII. Abſchnitt:

Vereinbarungen der Ehegatten über die gemeinſchaftlichen Kinder:

A. Bei beſtehender Ehe 94

B. Im Falle der Eheſcheidung 107

Schlußwort 111



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547420_0017

Schrifttum*)

André: Verträge zwiſchen Eltern über die Erziehung ihrer Kinder. Rektoratsrede, Marburg 1905.

Anſchütz: Die Verfaſſung des Deutſchen Reiches. 10. Aufl. Berlin 1929.

v. Baligand: Der Ehevertrag, München 1906.

Barſch: Der ſelbſtändige Betrieb eines Erwerbsgeſchäfts durch die Ehefrau. Leipziger Diſſ. 1905.

Bergmann: Internationales Ehe- und Kindſchaftsrecht. Bd. I—III und Nachtrag.

Biermann: Bürgerliches Recht, Allgemeine Lehren und Perſonenrecht. Berlin 1908.

Braß: Vertragsfreiheit im Familienrecht. Jenaer Diſſ. 1913.

Breslauer: Zwingende Normen im Recht der deutſchen bürgerlichen Ehe. Göttinger Diſſ. 1914 (zit.: Breslauer).

Breslauer, Willi: Die Schlüſſelgewalt der Ehefrau nach § 1357. Marburger Diſſ. 1925.

Bollenbeck: Umfang und Grenzen der Vertragsfreiheit im ehelichen Güterrecht. Ztſchr. d. Not.V. 1911 S. 751 ff.

Bollmann: Das Recht zur Verweigerung der ehelichen Lebensgemeinſchaft in ſeinen Gründen und Folgen. Breslauer Diſſ. 1928.

Buchka: Die Stellung der Ehefrau als Handelsfrau nach dem neuen HGB. in DJZ. 1901 S. 421 ff.

Coſack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, II. Bd. 2. Abt. Familienrecht. 7.-8. Aufl. 1924.

*) Das Schrifttum über die Wirkungen der Ehe im allgemeinen (§ 1353 ff.) ist im Vergleich zu anderen Gebieten des Familienrechtes, beispielsweise dem des Ehescheidungsrechtes und dem Recht des unehelichen Kindes, nicht sehr reichhaltig. Abgesehen von den größeren Kommentaren in den neuesten Auflagen sind die meisten Schriften über diesen Abschnitt des Familienrechtes bald nach Inkrafttreten des BGB. oder doch bereits bis zum Jahre 1914 erschienen. Infolgedessen hat die in der Einleitung und im ersten Abschnitt behandelte Problematik, deren Lösung hier versucht wird, im Schrifttum so gut wie gar keine Berücksichtigung gefunden. Unter den wenigen Schriftstellern, die sich mit den in der Arbeit behandelten Einzelfragen beschäftigt haben, befinden sich auch solche, die nicht deutschstämmig sind; sie sind unter entsprechendem Hinweis erwähnt.

Crome: Erziehung und Verkehr mit den Kindern bei tatsächlichem Getrenntleben. Recht 1909 S. 44 ff.

Danziger: Verträge zwischen Ehegatten über die Sorge für die Person ihrer Kinder. Leipziger Diss. 1908.

Dernburg: Deutsches Familienrecht IV, 4. Aufl. 1908 (zit.: Dernburg).

Derselbe: System des römischen Rechts (Pandekten) 8. Aufl., bearb. v. Sokolowski. Berlin 1912.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch Bd. I. 2. Aufl. 1908.

Dronke: „Inwieweit bedürfen die familienrechtlichen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches mit Rücksicht auf den die Gleichberechtigung der Geschlechter aussprechenden Art. 119 Abs. I S. 2 der Reichsverfassung einer Änderung?" Gutachten zum 36. Deutschen Juristentag in Lübeck, S. 592 ff.

Eck, Clara: Die elterliche Gewalt im BGB. Bürg. Arch. Bd. 41 S. 1 ff.

Eckstein: Zur Lehre von der Nichtigkeit des Vertrages wegen Unsittlichkeit. Bürg. Arch. Bd. 38 S. 195 ff.

Ehrlich: Das zwingende und nicht zwingende Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Jena 1899.

Eichner: Das ehemännliche Kündigungsrecht des § 1358. Leipziger Diss. 1907.

Einert: Erörterungen einzelner Materien des Privatrechts. Leipzig 1840.

Engelmann: Die Zuständigkeit für die Regelung des Verkehrs zwischen Eltern und Kindern bei bestehender Ehe. Recht 1909 S. 564.

Derselbe: Das Reichsgesetz über die religiöse Kindererziehung. München 1922.

Endemann: Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts. II. Bd. 2. Abt. Familienrecht. 8.-9. Aufl. 1908.

Enneccerus: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I. Bd. 1. Abt. 30.—40. Tausend. Marburg 1928.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. IV. Bd.: Das Familienrecht. 21.—23. Tausend. Marburg 1931.

Freund-Nipperdey: Das Zivilrecht in der Sowjet-Union. Berlin 1927.

Friedemann-Braun: Herausgabeſtreit wegen gemeinſchaftlicher Kinder zwiſchen den Eltern in DJZ. 1911 S. 1126.

Friederichs: Die Rechtsſtellung einer Ehefrau, die ſelbſtändig ein Erwerbsgeſchäft betreibt. Leipziger Diſſ. 1904.

Gareis: Das Deutſche Handelsrecht. 8. Aufl. 1909.

Gauß: Die Klage auf Herſtellung des ehelichen Lebens. Tübinger Diſſ. 1910.

Gehring: Elterliche Perſonengewalt und Vertrag nach BGB. Rechtswiſſ. Stud. Heft 9.

v. Gierke: Deutſches Privatrecht. I. Bd. 1895.

Derſ.: Das Deutſche Genoſſenſchaftsrecht. Berlin 1913.

Gildemeiſter: Offene Handelsgeſellſchaften zwiſchen Ehegatten. Ztſchr. f. d. geſ. HR. Bd. 54 S. 99 ff.

Gimmerthal: Zur väterlichen Gewalt des BGB. Ziv. Arch. Bd. 104 S. 388 ff.

Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Geſetzbuch. III. Bd. Berlin 1921.

Gumbel: Die Unterhaltsverträge der Ehegatten aus Anlaß der Scheidung. Tübinger Diſſ. 1927.

Haag: Über den Erziehungsvertrag. Roſtocker Diſſ. 1910.

Hagemann: Perſonenfürſorge und Unterhalt minderjähriger Kinder bei Trennung der Eltern während beſtehender Ehe. ZBlFG. Bd. 12 S. 401.

Haidlen: Bürgerliches Geſetzbuch nebſt Einführungsgeſetz. Bd. III. Stuttgart 1897.

Hartmann: Das Recht und die Pflicht der Frau zur Mitarbeit im Haushalt und im Betriebe des Mannes. Marburger Diſſ. 1925.

Herrnsdorf: Das ehemännliche Entſcheidungsrecht nach § 1354 des Bürgerlichen Geſetzbuchs. Leipziger Diſſ. 1907.

Hillgenberg: „Bedürfen die die perſönliche Rechtsſtellung der Ehefrau in ihrer Eigenſchaft als Gattin und Mutter behandelnden Beſtimmungen des Bürgerlichen Geſetzbuchs einer Umgeſtaltung im Sinne der modernen Frauenbewegung?“ Heidelberger Diſſ. 1917.

Hoch: Unterhaltspflicht und -anſpruch der Ehegatten untereinander. Roſtocker Diſſ. 1904.

Hörle: Über die perſönlichen und vermögensrechtlichen Verhältniſſe der Ehegatten nach den §§ 1353—1361 BGB. Bürg. Arch. Bd. 31 S. 113 ff.

Derſ.: Die Stellung der Ehefrau im Betrieb eines Erwerbsgeſchäfts nach dem Bürgerlichen Geſetzbuch. Rechtswiſſ. Stud. Bd. III. H. 5. Leipzig 1907.

Hülle: Der Unterhaltsanſpruch der Ehefrau auf Geld. Marburger Diſſ. 1926.

Hummelsheim: Der Ehevertrag nach Vorausſetzungen, Inhalt und Wirkung. Roſtocker Diſſ. 1913.

Jacobi: Das perſönliche Eherecht des Bürgerlichen Geſetzbuchs. Berlin 1899.

Jaſtrow: Das Recht der Frau nach dem Bürgerlichen Geſetzbuch. Berlin 1897.

Derſ.: Formularbuch und Notariatsrecht. 13.-14. Aufl. 1926.

Jellinek, Camilla: Frauen unter deutſchem Recht. München-Leipzig-Berlin 1928.

Joerges: Die eheliche Lebensgemeinſchaft in ihrem Begriff, in ihren Geſtaltungen und in ihren vermögensrechtlichen Beziehungen. Halle 1912.

Joſef: Vormundſchaftsgericht und Regelung des Verkehrs zwiſchen Eltern und Kindern. Seuff. Bl. Bd. 74 S. 121 ff.

Derſ.: Die Ausſchließung der Schlüſſelgewalt im Licht der Praxis. Recht 1908 S. 441 ff.

Derſ.: Verträge geſchiedener Gatten über die Kindererziehung. Ziv. Arch. Bd. 119 S. 403.

Junghanns: Die Befugnis zum perſönlichen Verkehr mit dem eigenen Kinde. Sächſ. Arch. f. Rpfl. Bd. 7 S. 485 ff. 1912.

Kienzle: Das Entſcheidungsrecht des Ehemannes. Tübinger Diſſ. 1930.

Kipp in: Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. IV. 2. Abſchn.: Verwandtſchaft und Schwägerſchaft. 1931 (zit.: Kipp).

Derſ.: Die Rechtsſtellung der Ehefrau nach der Reichsverfaſſung in DJZ. 1922 S. 682 ff.

Derſ.: Die religiöſe Kindererziehung nach Reichsrecht. Feſtgabe f. Kahl. Tübingen 1923.

Klüsmann: Die Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinſchaft. Roſtocker Diſſ. 1929.

Knitſchky: Das Verhältnis zwiſchen Eltern und Kindern nach dem BGB. Berlin 1899.

Kohler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. III. Teil 1. Familienrecht. Berlin 1915 (zit.: Kohler).

Derſ.: Rechtsinhalt, Rechtsfolge, Vorausſetzung. Ziv. Arch. Bd. 101. S. 254 ff.

Kölſch: Das ehemännliche Entſcheidungsrecht. Gießener Diſſ. 1911.

Köppke: Die Schlüſſelgewalt der Ehefrau gemäß § 1357 BGB. Marburger Diſſ. 1922.

Krieg: Die Zuläſſigkeit eines Ehevertrages. Würzburger Diſſ. 1909.

Kröger: Die Rechtsſtellung der Ehefrau nach der Reichsverfaſſung. DJZ. 1922 S. 601 ff.

Krückmann: Clausula rebus sic stantibus. JW. 1921, 453.

Derſ.: Clausula rebus sic stantibus, Kriegsklauſel und Streikklauſel. Ziv. Arch. 116, 157 ff.

Kühl, Agnes: Das Eingreifen des Gerichts in die Stellung der Ehegatten. Marburger Diſſ. 1927.

Lange, Helene: Die Frauenbewegung in ihren gegenwärtigen Problemen. Leipzig 1924.

Lebius: Unterhaltsverträge zwiſchen Ehegatten. Greifswalder Diſſ. 1911.

Lehmann: Familienrecht des Bürgerlichen Geſetzbuchs einſchl. Jugendfürſorgerecht. Berlin und Leipzig 1926 (zit.: Lehmann).

Lehmann, Edgar: Das Kündigungsrecht des Ehemannes gemäß § 1358. Leipziger Diſſ. 1911.

Leonhard: Das perſönliche Eherecht des BGB. für das Deutſche Reich. Arch. f. prakt. Rechtswiſſ. 3. Flg. 7. Bd. S. 223 ff.

Derſ.: Anmerkungen zu Ecks Vorträgen über das BGB. Bd. II. Berlin 1904.

v. Lilienthal: Das Kündigungsrecht des Ehemannes aus § 1358 BGB. Heidelberger Diſſ. 1908.

Marchtaler: Das Recht auf eheliche Lebensgemeinſchaft und ſein Schutz. Stuttgart 1932.

Matthiaß: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 5. Aufl. Berlin 1910.

Mehliß: Der Rechtsmißbrauch in den §§ 1353 und 1666 BGB. Göttinger Diss. 1911.

Meißner: Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Familienrecht Bd. IV. Breslau 1905.

Menzel: Die Schlüsselgewalt bei häuslicher Gemeinschaft und Getrenntleben. Sächs. Arch. f. bürg. Recht u. Prozeß Bd. 6 S. 609 ff.

Derſ.: Das dänische Gesetz vom 18.3.25 über die Rechtswirkungen der Ehe. Auslandsrecht. 6. Jhg. Nr. 12 S. 491. Berlin 1925.

Meuſezahl: Der Schutz der Ehefrau nach den Bestimmungen der §§ 1353 bis 1362 BGB. Gießener Diss. 1915.

Meyer: Das gesetzliche eheliche Güterrecht. Bl. f. Rechtsanw. Bd. 64 S. 9 ff.

Michaelis: Clausula rebus sic stantibus. Handwörterb. d. Rechtswiss. Bd. 1 S. 874 ff.

Mitteis: Familienrecht. Kohlrausch u. Kaskels Enzyklopädie. Berlin 1923.

Mößmer: Neugestaltung des deutschen Ehescheidungsrechtes. Schriften der Akademie für Deutsches Recht. Berlin 1936.

Derſ.: Der Gemeinschaftsgedanke im Recht der Eheschließung und -scheidung. Deutsches Recht. Jhg. 1935. H. 4.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bd. I, Allgemeiner Teil; Bd. IV, Familienrecht. Berlin und Leipzig 1888.

Müller, G.: Über zwingende und nachgiebige Rechtsnormen nach BGB. Bl. f. Rechtsanw. Bd. 66 S. 1 ff.; Bd. 21 S. 1.

Müller und Meikel: Bürgerliches Recht. Bd. II. 2. Aufl. München 1909 (zit.: Müller).

Mugdan: Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich.

Munk, Marie, und Berent, Margarete: Vorschläge zur Änderung des Familienrechts und verwandter Gebiete. 1921.

Munk, Marie: Vorschläge zur Umgestaltung des Rechts der Ehescheidung und der elterlichen Gewalt nebst Gesetzentwurf. Denkschrift

des Bundes Deutſcher Frauenvereine. Berlin 1923 (zit.: Munk).

Dieſ.: Die elterliche Gewalt und ihre Reform. JW. 1925 S. 309 ff.

Dieſ.: Inwiefern bedürfen die familienrechtlichen Vorſchriften des BGB. mit Rückſicht auf den die Gleichberechtigung der Geſchlechter ausſprechenden Art. 119 Abſ. 1 S. 2 RV. einer Änderung? DRZ. 1931 S. 300 ff.

Neumann: Handausgabe des Bürgerlichen Geſetzbuches für das Deutſche Reich. Bd. II. 5. Aufl. Berlin 1909.

Neuſtadt: Kritiſche Studien zum Familienrecht. Berlin 1907.

Nyrén: Das ſchwediſche Eherecht. Geſetz über das Eherecht vom 11. 6. 1920 (Schwed. Familienrecht Teil 1. Berlin 1925).

Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Geſetzbuch und ſeinen Nebengeſetzen. Allgemeiner Teil, Berlin 1927; Schuldverhältniſſe 1929.

Derſ.: Die Geſchäftsgrundlage. Leipzig 1921.

Derſ.: Gehaltsanſpruch der Ehefrau. DJZ. 1911, 124 ff.

Opet-v. Blume: Das Familienrecht des Bürgerlichen Geſetzbuchs. Berlin 1906

Opet: Theaterrecht. Berlin 1892.

Derſ.: Bühnenengagement. Ziv. Arch. Bd. 36, 175.

Derſ.: Verwandtſchaftsrecht des BGB. Berlin 1899.

Derſ.: Zur Anwendung des § 1358. DJZ. 1915, 1215 ff.

Oſtern: Die Schlüſſelgewalt der Ehefrau. Gießener Diſſ. 1898.

Perels: Das Reichsgeſetz über die religiöſe Kindererziehung. LZ. 1921 S. 637 ff.

Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Geſetzbuch. Allgemeiner Teil. 4. Aufl. 1913; Familienrecht, 1. Hälfte. 4. Aufl. 1928. Bearbeiter: RGR. Dr. Brodmann, Dr. Buſch, Dr. Ebbecke (zit.: Planck).

Proelß und Raſchke: Die Frau nach dem BGB. Berlin 1895.

Protokolle der Kommiſſion für die zweite Leſung des Entwurfs des Bürgerlichen Geſetzbuchs. Bd. IV, Familienrecht. Berlin 1899.

Rebſtein-Metzger, Emmy: „Inwieweit bedürfen die familienrechtlichen Vorſchriften des Bürgerlichen Geſetzbuchs mit Rückſicht auf den die Gleichberechtigung der Geſchlechter ausſprechenden Art. 119 Abſ. 1

S. 2 RV. einer Änderung?" Gutachten zum 36. Deutſchen Juriſtentag in Lübeck, S. 540 ff.

Regelsberger: Pandekten. Leipzig 1893.

Reichsgerichtsräte-Kommentar IV. Bd. Familienrecht. 7. Aufl. Berlin 1929 (zit.: RGRK.).

Richter: Die Schlüſſelgewalt der Hausfrau. Jenaer Diſſ. 1902.

Roch: Verträge über Scheidungsfolgen. Rechtswiſſ. Stud. Heft 30. Berlin 1926.

Rothe: Die Schlüſſelgewalt der Ehefrau. Erlanger Diſſ. 1896.

Runge: Scheidungsverträge nach bürgerlichem Recht. Rechtswiſſ. Stud. Heft 34. Berlin 1927.

Sarantakis: Die eheliche Lebensgemeinſchaft. Münchener Diſſ. 1909.

Schefold: Das ſelbſtändige Erwerbsgeſchäft der Ehefrau. Ziv. Arch. Bd. 91 S. 142 ff.

Scheppler: Die Alimentationspflicht der Ehegatten. Würzburger Diſſ. 1909.

Schiffmann: Die Wirkungen der Verheiratung einer Geſchäftsfrau auf das von ihr betriebene Geſchäft. Leipziger Diſſ. 1910.

Schliephake: Das Kündigungsrecht des Ehemannes aus § 1358 BGB. und ſein Mißbrauch. Haller Diſſ. 1924.

Schmidt: Kommentar zum Bürgerlichen Geſetzbuch von Schmidt, Hölder u. a. Familienrecht. München 1907 (zit.: Schmidt).

Schmidt, Curt: Die Unterhaltspflicht getrennt lebender Ehegatten. Gießener Diſſ. 1911.

Schmitt, Georg: Die Schlüſſelgewalt der Ehefrau nach deutſchem Recht.. Erlanger Diſſ. 1893.

Schultz: Über die Reform des Familienrechts. 36. Deutſcher Juriſtentag. Lübeck 1931.

Schwiſter: Die Schiebung unter Ehegatten. JW. 1931 S. 2548 ff.

Scriba: Die perſönliche Rechtsſtellung der Ehegatten in ihrem gegenſeitigen Verhältnis. Marburger Diſſ. 1910.

Seeler: Gloſſen zur Praxis des Reichsgerichts. Halle 1908.

Siegel: Die Schlüſſelgewalt der Ehefrau. Greifswalder Diſſ. 1900.

Siméon: Recht und Rechtsgang im Deutſchen Reich. Neu bearb. v. David. Bd. I, 2. Hälfte. 14.—15. Aufl. 1927.

Simons: Die Rechtsſtellung einer Ehefrau, welche ſelbſtändig ein Erwerbsgeſchäft betreibt. Leipziger Diſſ. 1903.

Smend: Die politiſche Gewalt im Verfaſſungsſtaat und das Problem der Staatsform. Feſtgabe für Kahl 1913.

Derſ.: Verfaſſung und Verfaſſungsrecht. Berlin 1928.

Staub: Kommentar zum Handelsgeſetzbuch, Bd. I 12.-13. Aufl. 1926.

v. Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Geſetzbuch. 9. Aufl. 1. Bd. Allgemeiner Teil. 1925; IV. Bd. Familienrecht: 1. Teil von Engelmann 1926, 2. Teil von Keidel 1926 (zit.: Staudinger-Engelmann und Staudinger-Engelmann-Keidel).

Stern: Die Schlüſſelgewalt der Ehefrau nach dem BGB. auf der Grundlage des bisherigen Rechts. Jenaer Diſſ. 1903.

Strauß: Auseinanderſetzungsverträge bei Eheſcheidungen. Rechtsfragen der Praxis. Berlin 1928.

Strübe: Das Kündigungsrecht des Ehemannes im Sinne des § 1358 BGB. Gruch. Beitr. Bd. 48 S. 295 ff.

Derſ.: Die Beſchränkung der Schlüſſelgewalt. Ztſchr. f. FG. Jhg. 1906 S. 168 ff.

Strupp: Schadenserſatz wegen Ehebruchs, Eheverlaſſung und in ähnlichen Fällen. Heidelberger Diſſ. 1910.

Thiele: Die Kündigung nach BGB. Ziv. Arch. Bd. 89 S. 85 ff.

Derſ.: Das Erwerbsgeſchäft der Ehefrau im geſetzlichen Güterſtand. Ziv. Arch. Bd. 101 S. 307 ff.

Titze: Recht des Bürgerlichen Geſetzbuchs, 4. Buch Familienrecht. Leipzig 1906.

v. Tuhr: Der Allgemeine Teil des Deutſchen Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1910;
Bd. II, Teil 1, 1914;
Bd. II, Teil 2, 1918.

Türke-Niedenführ: Das Bürgerliche Geſetzbuch. 1902.

Vogel: Begriff des gegen die guten Sitten verſtoßenden Rechtsgeſchäfts. Leipziger Diſſ. 1906.

Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Geſetzbuch, Bd. II. 1927. Bearbeiter: Warneyer u. Dr. M. Buchwald (zit.: Warneyer).

Weber, Marianne: Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung. Tübingen 1907.

Wetzel: Die Verweigerung der ehelichen Gemeinſchaft. Bürg. Arch. Bd. 26 S. 54 ff.

Wieruszowski: Handbuch des Eherechts Bd. I. Düſſeldorf 1900.

Windſcheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. 1906.

Wirtſchaftskunde, Deutſche, Hrg. vom Stat. Reichsamt. Berlin 1930.

Wolff in: Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. IV. Familienrecht: Einleitung u. Eherecht. 1931

Zarden: Die perſonenrechtlichen Wirkungen der Ehe und die Parteidispoſition nach dem BGB. auf der Grundlage des bisherigen Rechts. Roſtocker Diſſ. 1909.

v. Ziegenhierd: Die Schlüſſelgewalt der Ehefrau. Leipziger Diſſ. 1906.

Zitelmann: Internationales Privatrecht. Bd. I u. II. Leipzig 1912.

Zſchimmer: Der Einfluß des geſetzlichen Güterſtandes auf ein Handelsgewerbe der Frau. ZHR. Bd. 52 S. 485 ff.

Benutzt wurden ferner — zitiert in den üblichen Abkürzungen — die Entſcheidungen des Reichsgerichts in Zivilſachen, der Oberlandesgerichte und anderer Obergerichte in den amtlichen Sammlungen, ſowie alle anderen bekannten Entſcheidungsſammlungen und Zeitſchriften.

Einleitung.

In dieſer Arbeit, die bereits in den Jahren 1931/32 entſtanden, ſpäter jedoch in der Form überarbeitet worden iſt, ſoll aufgezeigt werden, inwieweit die Ehegatten ſchon nach geltendem Recht — unter Berückſichtigung der Rechtsanſchauungen, die ſich in den letzten 30 Jahren durchgeſetzt haben, und unter Berückſichtigung der veränderten tatſächlichen Verhältniſſe hinſichtlich der Stellung der Geſchlechter zueinander — ihre perſönlichen Beziehungen rechtsgeſchäftlich ausgeſtalten können. Die Probleme, die ſich aus der geſetzlichen Regelung der §§ 1353 ff. BGB. ergeben haben, und deren Löſung durch die Ehereformbeſtrebungen bis 1933 bereits mehrfach verſucht worden iſt, ſtehen zwar zurzeit nicht mehr im Vordergrund der Ehereform, dennoch beſtehen ſie weiter. Ein Blick auf die heutigen Ehen beweiſt das. Noch immer iſt — wie die Statiſtik anzeigt — ein gutes Drittel aller Frauen in Deutſchland erwerbstätig, und von dieſen wiederum ein Drittel Ehefrauen. Die Hausfrauenehe des Bürgerlichen Geſetzbuches iſt alſo zu einem nicht unbeträchtlichen Prozentſatz durch die Berufsfrauenehe verdrängt worden. Aus dieſer Tatſache und aus den veränderten Anſchauungen über die Stellung der Geſchlechter zueinander ergeben ſich die Probleme, die durch die Zuläſſigkeit der rechtsgeſchäftlichen Ausgeſtaltung der perſönlichen Beziehungen zwiſchen den Ehegatten wenigſtens zum Teil gelöſt werden können. Neben einer rechtstatſächlichen und dogmatiſchen Unterſuchung über die Ausgeſtaltung der perſönlichen Beziehungen durch die Ehegatten wird gleichzeitig der Zweck verfolgt, einer ſpäteren Neugeſtaltung des Eherechtes auch in den hier behandelten Fragen den Boden zu bereiten.

Zur Frage der rechtsgeschäftlichen Ausgestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft durch die Ehegatten.

I. ABSCHNITT.

Grenzen der Vertragsfreiheit im Recht der persönlichen Beziehungen zwischen den Ehegatten.

Inwieweit die Gesetzesvorschriften über die persönlichen Rechtsbeziehungen zwischen den Ehegatten dispositiver oder zwingender Natur sind, inwieweit sie also vertraglicher Ausgestaltung und Abänderung zugänglich sind oder nicht, ist im Schrifttum sehr umstritten. Nach herrschender Meinung soll fast das gesamte persönliche Eherecht zwingender Natur sein.

Es zeigt sich aber, daß in der Praxis in einer großen Anzahl von Fällen die Ausgestaltung der persönlichen Beziehungen zwischen den Ehegatten von dem, was von der herrschenden Meinung nach dem gegebenen Recht noch als zulässig anerkannt wird, erheblich abweicht. Solche Abweichungen gründen sich auf teils ausdrücklich, teils stillschweigend zwischen den Ehegatten geschlossene Verträge, teils auch auf Übereinkünfte, bei denen von einer rechtsgeschäftlichen Bindung abgesehen wird, bei denen die Parteien an eine Rechtswirkung überhaupt nicht denken, vielmehr nur Klarheit über einen gegenwärtigen oder zukünftigen Zustand schaffen wollen.

Man denke an folgende, für die heutige Zeit typischen Fälle, in denen durch die Ehegatten für kürzere oder längere Zeit ein von den Gesetzesvorschriften der §§ 1353 ff. BGB. abweichender Zustand geschaffen wird, beispielsweise:

Ein Ehemann hat eine Stellung inne, die ihm nur die Mittel zur Bestreitung der notwendigsten Ausgaben einbringt. Die Ehegatten haben mehrere Kinder. Da der Verdienst des Mannes für eine berufliche Aus-

bildung der Kinder niemals reichen würde, beſchließen die Ehegatten, daß die Ehefrau bis zum Selbſtändigwerden der Kinder zur Herbeiſchaffung des fehlenden Geldes eine ſtändige außerhäusliche Tätigkeit, wenn es ſich ſo fügt, ſogar eine Beſchäftigung an einem anderen Ort annehmen ſoll, obwohl dadurch das Zuſammenleben in der häuslichen Gemeinſchaft beeinträchtigt wird, und die Mitarbeit der Frau im Hauſe faſt ganz oder ſogar vollſtändig wegfällt.

Oder: Ein Ehemann, der keinen beſtimmten Beruf erlernt hat, iſt arbeitslos geworden. Nun vereinbaren die Ehegatten, daß die Ehefrau, die ſich aufs Kochen und Waſchen verſteht, eine Stelle in einem fremden Haushalt annehmen ſoll, wo ſie einen guten Verdienſt erhält, währenddeſſen der Ehemann den eigenen Haushalt führen ſoll.

Oder: Die Ehegatten ſind, da der Ehemann — was heute allerdings eine geringere Rolle ſpielt als noch vor wenigen Jahren — erwerbsbeſchränkt geworden iſt, übereingekommen, zu den Eltern des Ehemannes zu ziehen. Die Mutter des Ehemannes kocht und führt den Haushalt für beide Familien. Nach einiger Zeit fühlt ſich die junge Frau durch ihre Schwiegermutter in ihren Hausfrauenrechten und -pflichten beeinträchtigt und möchte wieder eine eigene Häuslichkeit haben. Der Ehemann widerſetzt ſich dieſem Verlangen unter Berufung auf die getroffene Vereinbarung und mit der weiteren Begründung, daß er die ihm anfallenden Unterſtützungsgelder nicht für eine eigene Wohnung verwenden wolle, da er ſie für die Beſſerung ſeiner Geſundheit und für eine berufliche Umſchulung brauche.

Oder: Einem Ehemann wird an einem anderen als dem bisherigen gemeinſamen Wohnort der Ehegatten eine beſſere Stellung angeboten, die er annimmt. Rückſichten auf alte Eltern oder Verwandte, die mit unterhalten werden müſſen, oder ſchulpflichtige Kinder, deren Umſchulung nicht zweckmäßig erſcheint, beſtimmen die Ehefrau, den bisherigen gemeinſamen Wohnort beizubehalten.

Oder: Eine Ehefrau erbt von ihren Eltern ein gutgehendes Geſchäft. Da ſie den Wunſch und die Fähigkeit hat, dieſes Geſchäft fortzuführen, beſchließen die Ehegatten, daß die Ehefrau an den Ort des Geſchäftes ziehen ſoll, während der Ehemann ſeines Berufes wegen an dem bisherigen gemeinſamen Wohnort wohnen bleiben ſoll.

Oder: Eine Ehefrau, die als Opernſängerin ausgebildet iſt und dieſen Beruf vor ihrer Ehe ausgeübt hat, hängt an ihrem Beruf. Daher vereinbaren die Ehegatten, daß die Ehefrau dieſen Beruf, ſolange ſie dazu noch

imſtande iſt, weiter ausüben ſoll. Ein gemeinſamer Haushalt ſoll, der Sachlage entſprechend, nicht geführt werden.

Auch in ländlichen oder bäuerlichen Kreiſen bedingen die ſtrukturellen Wandlungen der Wirtſchaft nicht ſelten ein Getrenntleben der Ehegatten oder eine andere Verteilung der beiden Teilen zukommenden Pflichten. Man denke dabei nur an die Verhältniſſe der Landarbeiter.

Es wäre möglich, zahlreiche weitere Beiſpiele aus den verſchiedenen Bevölkerungskreiſen anzuführen, denn es ſteht für jeden, der offenen Auges iſt, außer Frage, daß die Zahl der Ehen, die abweichend von den Beſtimmungen des Geſetzes geführt werden, ſehr groß iſt. Für alle derartigen Ehen ergibt ſich die Zweckmäßigkeit, um nicht zu ſagen Notwendigkeit, zum Abſchluß von Verträgen, nicht zuletzt aus pſychologiſchen Erwägungen.

Alle derartigen Abmachungen zu leugnen oder gar für nichtig oder belanglos zu erklären, hieße ſich der Wirklichkeit verſchließen. Angeſichts dieſer tatſächlichen Verhältniſſe ergeben ſich für den Betrachter zwei mögliche Standpunkte: Entweder man ſtellt ſich auf den Boden der heute noch herrſchenden Anſicht und erklärt alle oder faſt alle Verträge zur Regelung der ehelichen Lebensgemeinſchaft für unzuläſſig; ſtimmt man in dieſem Falle dem praktiſchen Ergebnis dieſer Anſicht nicht zu, ſo bleibt nichts übrig, als ſich in die Reihe derer zu ſtellen, die eine grundlegende Reform des heutigen Eherechtes auch nach dieſer Seite hin erſtreben. Oder aber man unterſucht, ob nicht ſchon ein großer Teil der mit den bisherigen Reformbeſtrebungen verfolgten Ziele ſich bei richtiger Auslegung des geltenden Geſetzes ſchon nach dieſem verwirklichen läßt.

In den Rechtsbeziehungen der Ehegatten zueinander ſpielen die Begriffe von Sitte und Moral eine bedeutſame Rolle. Dieſe Begriffe ſind aber nicht nur von Volk zu Volk verſchieden, ſie ſtehen auch innerhalb eines Volkes nicht für alle Zeiten unumſtößlich feſt. Jede Epoche hat ihre beſondere geiſtige Grundhaltung und ſtellt ihre eigenen Wertungen auf. In einer Zeit, deren Schwerpunkt in einer kollektiviſtiſchen Weltauffaſſung liegt, werden die Grenzen zwiſchen Sitte und Unſitte, Moral und Unmoral in anderer Weiſe beſtimmt als in einer Zeit, die einer individualiſtiſchen Weltanſchauung huldigt. Dem Wandel der Weltanſchauungen entſpricht ein Wandel im Sittengeſetz und damit, da das Recht dem Sittengeſetz folgt, auch im Recht. Selbſt wenn die äußere Form der Rechtsnormen gleichbleibt, ſo tritt doch dadurch, daß die Auslegung des Geſetzes dem jeweils geltenden Sittengeſetz zu folgen hat, eine Änderung ein.

Für das Eherecht gilt das um ſo mehr, weil, wie nochmals betont werden muß, die Lebensgemeinſchaft zwiſchen Mann und Frau im beſonderen Maße auf das Sittengeſetz gegründet iſt. Darum erſcheint es gerade auf dieſem Rechtsgebiet beſonders angebracht, bevor man an die Reformierung herangeht, zu prüfen, inwieweit bei richtiger, d. h. zeitgemäßer Auslegung der geltenden Normen dieſe den veränderten Anſchauungen und Bedürfniſſen zu entſprechen vermögen.

Für die Rechtsbeziehungen der Ehegatten zueinander iſt neben der ſittlichen Bewertung der Ehegemeinſchaft als ſolcher vor allem die Auffaſſung von der Stellung der Geſchlechter in der Ehe von ausſchlaggebender Bedeutung. Da die Ehe und Familie die kleinſte und urſprünglichſte Einheit jeglicher menſchlichen Gemeinſchaft iſt, bildet ſie als ſolche auch die Grundzelle der Volksgemeinſchaft. Sinn und Zweck der Ehe liegen nicht nur in der Sorge für die Vermehrung und Erhaltung des völkiſchen Nachwuchſes, ſondern in gleichem Maße iſt die Ehe dazu beſtimmt, unterſte Keimzelle und wichtigſter Träger der Kultur eines Volkes zu ſein. Da Mann und Frau zur Erfüllung dieſer beiden wichtigſten Aufgaben der Familie in gleichem Maße beizutragen haben, ſind ſie nicht bloß gleichwertige Genoſſen[1]) der ehelichen Gemeinſchaft — ein nach der Abſchaffung der eheherrlichen Munt längſt anerkannter Grundſatz unſeres Rechtes —, ſondern darüber hinaus ſollten ihren gleichen Verpflichtungen auch gleiche Berechtigungen entſprechen. Das ſoll nicht heißen, daß beide Teile Befugniſſe rechtsgleichen Inhaltes haben ſollten, ſondern daß die Ehegemeinſchaft auf der gerechten Verteilung der beiderſeitigen Pflichte- und Rechtekreiſe, ſowohl in ideeller als auch in materieller Beziehung aufgebaut ſein muß. Die Erkenntnis, daß aus der Genoſſenſtellung der Ehegatten gleiche Verpflichtungen und gleiche Berechtigungen fließen, iſt heute ein nicht mehr fortzudenkender Beſtandteil unſeres geſamten kulturellen Lebens geworden. Dieſe Erkenntnis hatte ſchon im Artikel 119 Abſ. 1 Satz 2 der Weimarer Reichsverfaſſung ihren Niederſchlag gefunden. Auch die nationalſozialiſtiſche Bewegung erkennt die auf gleichen Rechten und Pflichten be-

---

[1]) Die Begriffe „Genosse" und „Genossenstellung" sind hier nicht im technisch-juristischen Sinne, wie sie bei den Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften des Handelsrechts gebraucht werden, zu verstehen, sondern es soll damit nur gekennzeichnet werden: der freie Zusammenschluß zu einer Gemeinschaft, die Verfolgung eines gemeinsamen Zweckes und die Gleichheit der Beteiligten.

ruhende genoſſenſchaftliche Stellung der Frau in der Ehe an[2]). Der Gedanke der Genoſſenſtellung der Geſchlechter in der Ehe führt von ſelbſt dazu, als Grundlage des ehelichen Zuſammenlebens nicht den Befehl oder die diktatoriſche Führerſtellung eines Teiles, ſondern die beiderſeitige Übereinkunft zu ſetzen. Es verſteht ſich von ſelbſt, daß die Übereinkünfte von den Belangen der Ehegemeinſchaft getragen ſein müſſen, d. h. rechtlich ausgedrückt, daß ſie ihre natürliche Grenze in den für die Ehegemeinſchaft geltenden zwingenden Normen finden müſſen.

Als zwingendes Recht bezeichnen wir alle diejenigen Geſetzesnormen, die auch dann zur Anwendung kommen, wenn die Perſonen, für die ſie gegeben ſind, erklären, daß ſie nicht zur Anwendung kommen ſollen[3]). Sie ſind daher jeder Parteiwillkür entzogen. Ob eine Beſtimmung zwingenden Rechtes iſt, ergibt ſich entweder ſchon aus der Faſſung des Geſetzes ſelbſt oder aus dem Weſen der einzelnen Beſtimmungen. Im Einzelfall muß dann geprüft werden, ob die zwingende Natur einer Vorſchrift aus rechtspolitiſchen Gründen, die ſowohl ſozial-, kultur- als auch wirtſchaftspolitiſch bedingt ſein können, anzunehmen iſt oder nicht.

In der Hauptſache werden jedoch die Normen zwingenden Rechtes durch ſittliche und moraliſche Gründe beſtimmt. Zwingend iſt daher vor allem die Vorſchrift des § 138 BGB., nach der Rechtsgeſchäfte, die gegen die guten Sitten verſtoßen, nichtig ſind. Was im Einzelfall als gute Sitte zu gelten hat, ergibt ſich aus dem Volksbewußtſein[4]). Verſchiedentlich gibt das Geſetz ſelbſt eine Auslegungsnorm dafür, was es im gegebenen Fall als maßgebendes Volksbewußtſein angeſehen haben will. So ſind einzelne Vorſchriften des BGB. direkt als ergänzende Ausführungsbeſtimmungen zu § 138 BGB. aufzufaſſen, wie z. B. die §§ 443, 617, 618, 637 BGB. u. a. Für alle Rechtsgeſchäfte indeſſen, die keinen beſonderen Ver-

---

[2]) Vgl. die Rede des Reichspropagandaministers Dr. Joseph Goebbels v. 11. 2. 34, gehalten auf der Amtswalterinnentagung der NS.-Frauenschaft in Berlin.
RA. Dr. Ferd. Mößmer, München, Vors. des Familienrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht: „Der Gemeinschaftsgedanke im Recht der Eheschließung und Ehescheidung" in Deutsches Recht H. 4 vom 25. Februar 1935 S. 86, 87.
Adolf Hitler auf dem Nürnberger Parteitag 1936 in seiner Rede an die NS.-Frauenschaft: „Für uns ist die Frau zu allen Zeiten der treueste Arbeits- und Lebens g e n o s s e des Mannes gewesen."

[3]) Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts S. 125.

[4]) RGZ. 63, 391; 77, 421; 80, 221. RG. bei Warneyer 1920 Nr. 72 u. 143.

botsnormen oder Schutzbeſtimmungen unterliegen, iſt allein der § 138 BGB. maßgebend, der es der Auslegung überläßt, für den Einzelfall feſtzuſtellen, ob ein Verſtoß gegen die guten Sitten vorliegt oder nicht. Der Geſetzgeber war weitſichtig genug, die generelle Verbotsnorm der gegen die guten Sitten verſtoßenden Rechtsgeſchäfte nicht durch eine ins einzelne gehende Begriffsbeſtimmung einzuengen, da er mit dem durch die Volksanſchauung bedingten zeitlichen Wandel dieſes Begriffes rechnete.

Um nun den Umfang zwingender Normen im perſönlichen Eherecht und damit die Grenzen der Vertragsfreiheit für rechtsgeſchäftliche Vereinbarungen der Ehegatten feſtzuſtellen, iſt zunächſt zu unterſuchen, ob die herrſchende Meinung mit ihrem Standpunkt Recht hat, daß grundſätzlich jede von den beſtehenden geſetzlichen Vorſchriften abweichende rechtsgeſchäftliche Ausgeſtaltung durch die Ehegatten unzuläſſig iſt.

In den Motiven[5]) heißt es: „Es ſind im Entwurfe beſondere Beſtimmungen über Verträge der Ehegatten, welche die perſönlichen Rechtsverhältniſſe untereinander regeln, nicht aufgenommen. Es genügen in dieſer Beziehung die allgemeinen Grundſätze des Geſetzgebers, insbeſondere die Vorſchrift des § 106[6]) in Verbindung mit der Erwägung, daß das Inſtitut der Ehe ein ſolches der öffentlichen Ordnung iſt. Daraus ergibt ſich von ſelbſt, daß jede Vertragsbeſtimmung, welche nach dem Sinn und Zweck des Geſetzes gegen das familienrechtliche Verhältnis und damit gegen die öffentliche Ordnung[7]) verſtößt, nach Maßgabe des § 106 nichtig iſt.“ Hieraus erhellt zur Genüge, daß der Geſetzgeber keineswegs der Meinung war, eine vertragliche Regelung der perſönlichen Rechtsbeziehungen zwiſchen den Ehegatten ſei überhaupt ausgeſchloſſen. Die Gültigkeit der abgeſchloſſenen Verträge beurteilt ſich vielmehr nach dem Standpunkt der Motive hauptſächlich danach, ob ſie den guten Sitten im Rahmen des Familienrechtes zuwiderlaufen oder nicht. Wenn nun auch die Motive nicht allein maßgebend ſind, ſo iſt es doch von Wichtigkeit feſtzuſtellen, daß auch die Väter des Bürgerlichen Geſetzbuches nicht der Anſicht waren, mit den Beſtimmungen der §§ 1353 ff. ſei das Recht der perſönlichen Beziehungen zwiſchen den Ehegatten erſchöpfend geregelt und jeglicher ändernden oder ausgeſtaltenden Parteivereinbarung entzogen. Es ſcheint

---

[5]) Motive IV zu § 1333 S. 309 u. zu § 1272 S. 104.

[6]) § 106 ist der Paragraph des Entwurfes, der unserem heutigen § 138 entspricht.

[7]) Das Prinzip des Schutzes der öffentlichen Ordnung ist in der 2. Lesung weggefallen. Vgl. Protokolle IV, S. 124.

in der Tat kein Grund erſichtlich zu ſein, abweichend von dieſer Auffaſſung für das geltende Recht einen anderen Standpunkt einzunehmen.

Die Vorſchriften des BGB., die die perſönlichen Rechtsbeziehungen zwiſchen den Ehegatten regeln, beſchränken ſich auf zehn Paragraphen. Der § 1353 ſtellt den Grundſatz auf, daß die Ehegatten einander zur ehelichen Lebensgemeinſchaft verpflichtet ſind. Nach herrſchender Meinung ſind die folgenden Paragraphen nur beiſpielsweiſe Ausführungen aus der Fülle möglicher Einzelregelungen, vom Geſetzgeber als beſonders wichtig behandelte und herausgegriffene Teillöſungen aus einer Reihe von Zweifelsfragen und Möglichkeiten, die ſich im Verlauf einer Ehe ergeben können. Für die rechtliche Beurteilung aller nicht im Geſetz beſonders behandelten Beziehungen der Ehegatten iſt der § 1353 maßgebend, der daher vielfach auch als der § 242 des Eherechtes bezeichnet wird[8]). Wenn nun die §§ 1354 ff. BGB. nur beiſpielsweiſe Ausführungen oder herausgegriffene Teillöſungen für die Geſtaltung der perſönlichen Beziehungen zwiſchen den Ehegatten ſind, ſo ſteht gerade deshalb noch keineswegs feſt, daß der geſamte Inhalt des V. Titels zwingenden Rechtes iſt. Die Begründungen, mit denen von verſchiedenen Schriftſtellern die Unabdingbarkeit der Beſtimmungen dieſes Titels erklärt wird, ſind denn auch durchaus nicht einheitlich.

Unter den Schriftſtellern, die den V. Titel des Familienrechtes behandelt haben, laſſen ſich drei Gruppen unterſcheiden. Die erſte Gruppe erklärt den geſamten Inhalt dieſes Titels für zwingendes Recht, ohne eine nähere Begründung dafür anzugeben[9]). Die zweite Gruppe nimmt ebenfalls faſt durchweg zwingendes Recht an, gibt aber dafür Begründungen dehnbaren Inhalts. Die dritte Gruppe bekennt ſich, wenn auch verſteckt, zur Zuläſſigkeit vertraglicher Regelungen. Zur zweiten Gruppe gehören Staudinger und Planck[10]). Nach Staudinger ſollen die in den §§ 1353—1361 enthaltenen Beſtimmungen, ſoweit ſie mit dem Weſen der Ehe in innigem Zuſammenhang ſtehen, als zwingende Normen grundſätzlich nicht der Abänderung durch Vereinbarungen der Ehegatten unterliegen. Ebenſo hält Planck vertragsmäßige Vereinbarungen über die im V. Titel für die

---

[8]) Motive IV, S. 104; Staudinger-Engelmann zu § 1353 Anm. 1.

[9]) So Jacobi S. 66 Nr. 72; Matthiaß S. 251; Neumann S. 744; Schmidt S. 144; Ehrlich S. 177 u. a.

[10]) Staudinger-Engelmann Vorbem. 7 zu §§ 1353 ff.; Planck IV. Bd. 1. Hälfte, Vorbem. V. Titel, Anm. 8.

perſönlichen Rechtsverhältniſſe der Ehegatten gegebenen Vorſchriften im allgemeinen für unzuläſſig, denn dieſe Vorſchriften ſeien vom Geſetzgeber offenbar in dem Sinne gedacht, daß ſie notwendige Folgen des durch die Ehe begründeten Verhältniſſes zwiſchen den Ehegatten darſtellten. Indeſſen ſollen einzelne geringfügige Abänderungen und nähere Beſtimmungen hinſichtlich der erwähnten Vorſchriften nicht unbedingt ausgeſchloſſen ſein[11]).

Zur dritten Gruppe gehören Warneyer und Opet und v. Blume[12]). Sie vertreten die Anſicht, nur inſoweit liege zwingendes Recht vor, als eine vertragliche Änderung einen dem Weſen der Ehe widerſprechenden unſittlichen Zuſtand begründen würde. Nach ihnen ſind alſo Verträge grundſätzlich nicht ausgeſchloſſen.

M. E. iſt mit dem Standpunkt der Motive und in Annäherung an Warneyer und Opet und v. Blume, beſonders aber wegen der oben aufgezeigten Natur der §§ 1354 ff. BGB., von der Zuläſſigkeit vertraglicher Regelungen im perſönlichen Eherecht auszugehen.

Für das Weſen der Ehe wird in § 1353 nur ein Rahmenbegriff gegeben, deſſen Inhalt im einzelnen durch die jeweils herrſchenden ethiſch-ſittlichen und ſozialen Anſchauungen beſtimmt wird. Die §§ 1354 ff. ſind zwar, wie geſagt, nähere Ausgeſtaltungen dieſes Rahmenbegriffes, aber ſie enthalten faſt durchweg nur eine Verteilung von Zuſtändigkeiten und Organiſationsrechten unter den Ehegatten. Ob die Vorſchriften der §§ 1354 ff. BGB. zwingend ſind und damit das „Weſen der Ehe" mitbeſtimmen, kann demnach gar nicht von vornherein feſtſtehen, ſondern muß erſt im einzelnen feſtgeſtellt werden. Auch heute noch wird der Sinn und Zweck und damit das „Weſen der Ehe" am beſten durch jene Grundauffaſſung gekennzeichnet, die durch die chriſtliche Kultur des Abendlandes beſtimmt, für die Mehrzahl der ziviliſierten Völker gilt und in dem Satze der Digeſten gipfelt: „Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium om nis vitae divini et humani juris communicatio"[13]).

Im übrigen aber ſind die einzelnen Rechtsſätze unſeres geltenden Eherechtes als ein auf mittlerer Linie geſchloſſener Vergleich zwiſchen ſich entgegenſtehenden Weltanſchauungen der herrſchenden Volksgruppen zu

---

[11]) Planck a.a.O.; ebenso RG. in JW. 1901, S. 781.

[12]) Warneyer II, Vorbem. IV zu § 1353; Opet u. v. Blume Vorbem. Ziff. 7 zu § 1353 S. 92.

[13]) Digesten 23, 2, 1.

betrachten. Mit dem Wechſel der Herrſchaft dieſer Volksgruppen und der von ihnen vertretenen Weltanſchauungen wandelt ſich auch die Rechtsauffaſſung und damit das Recht ſelbſt. Der von Smend[14]) für die Staatsrechtslehre zur Kennzeichnung der ſtetigen Selbſterneuerung des ſtaatlichen Lebens geprägte Begriff der „Integration" iſt auch auf die eheliche Lebensgemeinſchaft und die ihren Inhalt erfüllenden Einzelnormen anwendbar. Auch ſie unterliegen einem ſtändigen Integrationsprozeß. Dieſer der Dynamik von Recht und Leben entſprungenen Rechtsauffaſſung widerſpricht es notwendigerweiſe, die für das Eherecht im Bürgerlichen Geſetzbuch aufgeſtellten Einzelvorſchriften als zwingendes Recht anzuſprechen und grundſätzlich jede ſie abändernde Vereinbarung für unzuläſſig zu halten. Dieſer Auffaſſung von der Integrierung der die eheliche Lebensgemeinſchaft betreffenden Einzelnormen entſpricht vielmehr die Anerkennung einer grundſätzlichen rechtlichen Freiheit der Ehegatten zur vertraglichen Regelung ihrer perſönlichen Beziehungen, die nur durch die herrſchenden ethiſch-ſittlichen, rechts- und ſozialpolitiſchen Anſchauungen eingeſchränkt wird.

So findet beiſpielsweiſe die Vertragsfreiheit der Ehegatten ihre Grenze in dem rechtspolitiſchen Erfordernis des Schutzes Dritter. Ehegatten können beiſpielsweiſe weder bei Beginn noch während der Ehe mit Wirkung gegen Dritte vertraglich die Schlüſſelgewalt der Frau mit der Abrede ausſchließen, daß die Ausſchließung nicht ins Güterrechtsregiſter eingetragen werden ſoll. Ebenſo ungültig wäre eine Vereinbarung der Ehegatten, wonach die Frau zur Vermeidung der Haftung des Ehemannes ſich bei Einkäufen des täglichen Lebens eines anderen als des ehelichen Namens bedienen ſoll. Ein ſolcher Vertrag wäre ſowohl wegen Verſtoßes gegen die den Schutz Dritter bezweckenden Vorſchriften der §§ 1355 und 1357 als auch wegen Verſtoßes gegen § 138 BGB. nichtig. Überhaupt iſt jede Vereinbarung unter Ehegatten, wonach die Ehefrau, entgegen der Beſtimmung des § 1355, Behörden und ſonſtigen Dritten gegenüber einen anderen als den Namen ihres Ehemannes führen ſoll, unzuläſſig. Rechtspolitiſche Normen, die im weſentlichen den Schutz außenſtehender Dritter bezwecken und daher zwingend ſind, enthalten ferner die §§ 1344, 1362, 1399, 1411, 1431 und 1455 BGB.

---

[14]) Smend: „Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform." (Festgabe für Kahl 1923); „Verfassung und Verfassungsrecht" (1928) S. 16 ff.

Aus ſozialpolitiſchem Grund wäre beiſpielsweiſe ein Vertrag nichtig, nach dem die Ehegatten für die Zukunft auf die ihnen gegenſeitig obliegende Unterhaltspflicht verzichten. Einem derartigen Vertrag ſteht die zwingende Vorſchrift des § 1614 in Verbindung mit § 1360 Abſ. III BGB. entgegen.

In der Hauptſache ſind es jedoch ethiſch-ſittliche Gründe, die der Vertragsfreiheit der Ehegatten beſtimmte Bahnen weiſen. Was für das Familien- und Eherecht als „gute Sitte" zu gelten hat, iſt eine Frage, die nicht generell, ſondern nur für den Einzelfall zu beantworten iſt. Wohl aber können allgemeine Richtlinien aufgezeigt werden, die dem heute geltenden ſittlichen Empfinden von der Bedeutung der Ehe und ihren Aufgaben innerhalb der Volksgemeinſchaft ſowie der Stellung der Geſchlechter in der Ehe entſprechen. Hierzu gehört einmal der Gedanke, daß durch die Ehe eine der Einzelperſönlichkeit übergeordnete neue Einheit entſteht, die ihre beſonderen ſittlichen und wirtſchaftlichen Aufgaben zu erfüllen hat und ferner, daß beim Widerſtreit zwiſchen den Intereſſen der einzelnen Ehegatten und den Intereſſen der Ehegemeinſchaft im Zweifel die Einzelintereſſen gegenüber den Gemeinſchaftsintereſſen zurückzutreten haben. Des weiteren gehört hierher die Erkenntnis, daß die genoſſenſchaftliche Stellung von Mann und Frau in der Ehe notwendig zur Anerkennung gleichſtehender Rechte und Pflichten beider Teile führen muß.

Iſt für das Recht der perſönlichen Beziehungen der Ehegatten inſoweit Vertragsfreiheit anzuerkennen, als nicht zwingende Normen entgegenſtehen, ſo ergibt ſich, da ſich die Rechtsbeziehungen der Ehegatten in denkbar ſtärkſtem Maße auf dem Grundſatz von Treu und Glauben und den guten Sitten gründen, die unbedingte Forderung nach der Geltung der clausula rebus sic stantibus für alle Vereinbarungen, die die Ehegatten zur Regelung ihrer perſönlichen Verhältniſſe treffen.

Im allgemeinen wohnt die clausula rebus sic stantibus den Verträgen des bürgerlichen Rechtes nicht inne[15]). Sie findet ſich in unſeren Geſetzen vom Geſetzgeber anerkannt in den §§ 321, 610, 2123 Abſ. 1 Satz 2 BGB., §§ 323, 324 ZPO. u. a. und iſt in allen Fällen des Kündigungsrechtes aus „wichtigem Grunde" erkennbar enthalten, und zwar bei allen auf die Dauer gerichteten Verträgen, ſofern ſie einen Vertragsteil zu perſönlichen

[15]) RGZ. 99 S. 259; RG. bei Warn. 1911 Nr. 223. Vgl. auch Staudinger 9. Aufl. Vorbem. zu § 242 Anm. V, 1b.

Leiſtungen verpflichten[16]), wie beiſpielsweiſe beim Dienſtvertrage (§ 626 BGB.), bei den Geſellſchaftsverträgen (§ 723 BGB., § 123 HGB uſw.). In anderen Fällen iſt durch die Rechtſprechung im Wege der Auslegung die clausula als mit zum Inhalt eines Rechtsgeſchäftes gehörend angenommen worden, wenn die Parteien bei Vertragsſchluß den Willen hatten, bei Erfüllung ihrer Verpflichtungen den jeweiligen veränderten Verhältniſſen Rechnung zu tragen[17]). Das Reichsgericht[18]) nimmt in dieſem Falle eine ſtillſchweigende, nach der Abſicht der Parteien bei Vertragsſchluß unterſtellte Bedingung an und gibt ein „Rücktritts- oder Losſagerecht" wegen veränderter Umſtände.

Bei Verträgen zur Regelung der perſönlichen Beziehungen iſt m. E. die clausula nicht nur dann als wirkſamer Vertragsbeſtandteil anzuſehen, wenn ſie als Bedingung im Sinne einer Parteiabrede in den Vertrag mit aufgenommen worden iſt, ſondern es iſt Kraft objektiven Rechtes eine dieſen Verträgen innewohnende Wirkſamkeitsbeſchränkung anzunehmen. Das Gegenteil würde den guten Sitten und Treu und Glauben zuwiderlaufen. Die clausula, die den genannten Verträgen innewohnt, iſt demnach die jedem Eheteil zuſtehende rechtliche Möglichkeit, bei Eintritt veränderter Umſtände, die die Aufrechterhaltung des bisherigen vertraglichen Zuſtandes als nicht mehr zumutbar erſcheinen laſſen, den Vertrag zu löſen. Sie wohnt alſo den Verträgen über das perſönliche Eherecht nicht als auf Parteiwillen beruhende, ſtillſchweigende Bedingung inne, ſondern als conditio juris. Dennoch bewirkt ſie nicht, daß das Rechtsgeſchäft bei Eintritt veränderter Umſtände von ſelbſt hinfällig wird, ſondern es muß zur Vermeidung von Rechtsunſicherheit grundſätzlich der Wille einer Partei, am Vertrage nicht mehr feſthalten zu wollen, nach außen hin in Erſcheinung treten. Dies wird auch von den im Geſetz behandelten Fällen der clausula rebus sic stantibus verlangt; ſo in allen Fällen der Kündigung aus wichtigem Grunde, vgl. § 723 BGB., § 123 HGB. u. a., ſo in § 610 BGB., in dem bei veränderten Umſtänden eine Widerrufsmöglichkeit für das Darlehnsverſprechen gegeben iſt, und ſo auch im Falle der Verurteilung zu künftig fällig werdenden wiederkehrenden Leiſtungen, wofür im § 323 ZPO. bei weſentlicher Veränderung der Verhältniſſe jeder Partei die

---

[16]) Vgl. hierzu RGZ. 65, 37; 78, 385.

[17]) RGZ. 50 S. 255; OLG. 30, 382; 31, 369; s. auch Krückmann in Ziv.-Arch. Bd. 116 S. 151 ff.

[18]) RGZ. 62, 267 u. a.

Möglichkeit eingeräumt ist, im Klagewege eine entsprechende Abänderung des Urteils zu verlangen.

Ist nun den Ehegatten bei Eintritt veränderter Verhältnisse ein Rücktritts-, ein Widerrufs- oder ein Kündigungsrecht der Verträge gegeben? Da regelmäßig nicht der ganze Vertrag rückgängig gemacht werden soll, sondern nur eine Wirkung ex nunc erstrebt werden wird, scheidet das Rücktrittsrecht grundsätzlich aus. Auch von einem Widerrufsrecht wird man besser nicht sprechen, da das Wort Widerruf im BGB. nicht einheitlich gebraucht wird; einmal bedeutet es Rücktritt, so im § 530 BGB., ein anderes Mal Kündigung, so in den §§ 168, 671 BGB. u. a. m. Es erscheint daher am zweckmäßigsten, den Ehegatten bei Eintritt veränderter Umstände oder bei Vorliegen eines wichtigen Grundes ein Kündigungsrecht zuzusprechen. Ein derartiges Kündigungsrecht ist übrigens auch im Wege der Auslegung aus § 157 BGB. zu folgern, denn es sind im besonderen die Verträge zwischen den Ehegatten zur Regelung ihrer persönlichen Beziehungen so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte — das will hier sagen mit Rücksicht auf die Interessen der ehelichen Lebensgemeinschaft in Abgrenzung zu den Einzelinteressen der Ehegatten — es erfordern. Doch wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß in einem besonderen Falle auch einmal ein Rücktrittsrecht, also eine Wirkung ex tunc anzunehmen ist. Durch die Anwendung des § 157 BGB. wird am sichersten eine Lösung gefunden werden können, die den Bedürfnissen des Einzelfalls gerecht wird.

Es ist Krückmann[19]) zuzustimmen, der in seinen grundsätzlichen Ausführungen über die clausula rebus sic stantibus sagt: „Es wäre falsch, wollte man nach einem Schema überall den ganzen Vertrag für aufhebungswürdig erklären." Denn es können Fälle vorliegen, wo nur eine teilweise Unwirksamkeit in Frage kommt. Doch ist dies letztlich eine Frage, die aus § 139 BGB. zu beantworten ist.

Anstelle der clausula rebus sic stantibus könnte man auch bei unseren Verträgen mit dem von Oertmann[20]) eingeführten Begriff der Erschütterung der Geschäftsgrundlage arbeiten. Nach der Oertmannschen Lehre von der Erschütterung der Geschäftsgrundlage wird nicht nur dann ein Rücktrittsrecht vom Vertrage gewährt, wenn jemand beim Abschluß eines Rechtsgeschäftes von falschen Vorausetzungen ausgegangen ist, sich über

[19]) Krückmann in JW. 1921 S. 144.

[20]) Oertmann, Die Geschäftsgrundlage (1921) S. 46 ff.

die „Geſchäftsgrundlage" geirrt hat, ſondern auch dann, wenn die Verhältniſſe, die bei Vertragsſchluß vorlagen, ſich ſpäter grundlegend geändert haben. Die Gemeinſamkeit zwiſchen der clausula und der Lehre von der Geſchäftsgrundlage liegt darin, daß beide ihren Ausgangspunkt im § 242 BGB. haben. Beide Inſtitute ſind Rechtsbehelfe zur Auflöſung oder Abänderung von Rechtsgeſchäften, die auf eine gewiſſe Dauer berechnet ſind und bei denen die Billigkeit eine Änderung gebietet. Gerade in der neueſten Rechtſprechung[21]) erfährt die Anwendung der auf die §§ 157, 242 gegründeten clausula- und Geſchäftsgrundlagen-Lehre eine ſtändige Ausbreitung, und zwar inſonderheit bei Verträgen, die gemiſchter Natur ſind, die teils perſonenrechtlichen, teils ſchuldrechtlichen Charakter haben, wie die Dienſt- und Arbeitsverträge. Dieſe Verträge pflegen grundſätzlich auf eine gewiſſe Dauer berechnet zu ſein und ſchaffen ein beſonderes Vertrauensverhältnis zwiſchen den Beteiligten. Deshalb iſt auch die Treupflicht zur Grundpflicht und zum weſentlichen Inhalt derartiger Verträge erklärt worden. Aus dieſer gegenſeitigen Treupflicht iſt bei Eintritt veränderter Umſtände für beide Teile ein Anſpruch auf Abänderung bzw. ein Kündigungsrecht zu folgern, denn die Treupflicht gebietet neben der beiderſeitigen Verpflichtung zur Einhaltung des Vertrages die Pflicht zur Rückſichtnahme ſowohl auf den Vertragspartner als auch auf die Belange der Gemeinſchaft. Deshalb müſſen Verträge, die ſich durch Veränderungen ihrer Lebensgrundlage ohne Zutun der Vertragsgenoſſen nachträglich als untragbar herausgeſtellt haben, von der ſtarren Feſſel der pacta sunt servanda befreit werden[22]).

Da kein anderes perſonenrechtliches Verhältnis in ſolchem Maße auf der Treupflicht gegründet iſt wie die Rechtsbeziehungen zwiſchen den Ehegatten, ergibt ſich, auch in Verfolg der Gedanken der neueſten Rechtſprechung, für alle zwiſchen Ehegatten abgeſchloſſenen und auf eine gewiſſe Dauer gerichteten Verträge die Anwendbarkeit der clausula.

Es iſt bemerkenswert, daß auch ſchon in dem vor 20 Jahren und früher veröffentlichten Schrifttum über Verträge zwiſchen Ehegatten die Anwendbarkeit der clausula gefordert wurde. So nimmt Endemann[23]), der Verträge zur Regelung der ehelichen Lebensgemeinſchaft grundſätzlich nicht

---

[21]) Vgl. RG. in JW. 1935 S. 2877 ff. Nr. 1 = RGZ. 148,81; sowie Prof. Siebert: „Treupflicht und Treu und Glauben im Arbeitsverhältnis" in JW. 1935 S. 2870 ff.

[22]) Prof. Heinrich Lange, Breslau: „Die Vertragstreue" in Deutsches Recht, H. 22 vom 25. November 1934, S. 531 ff.

[23]) Endemann II, S. 298.

und nur ausnahmsweiſe für zuläſſig hält, für dieſe Ausnahmefälle die Geltung der clausula an. Breslauer[24]) behauptet, daß auch ohne Aufnahme der cl. reb. sic st. in den Vertrag eine dieſer Klauſel entſprechende Wirkung nach allgemeinen Grundſätzen über den Schutz der guten Sitten eintreten müſſe. Obwohl die Sittenwidrigkeit eines Vertrages ſich gemeinhin nach dem Zeitpunkt des Vertragsſchluſſes beſtimme, bedürfe dieſer Satz, wenn es ſich um langfriſtige Verträge handele, einer Modifikation. Sehr viele Vereinbarungen ſeien nur unter beſtimmten Umſtänden ſittenwidrig oder ſeien es nur unter dieſen nicht. Wenn nun dieſe beſonderen Umſtände, die die Vorausſetzungen für die ſittliche Unbedenklichkeit eines Vertrages abgegeben haben, während der Dauer eines langfriſtigen Vertrages Veränderungen erführen, ſo ſei der Beſtand des urſprünglich nicht ſittenwidrigen Vertrages nicht für die ganze Zeit garantiert. Deshalb müſſe alſo jeweils, wenn der Vertrag Anwendung finden ſolle, geprüft werden, ob die weſentlichen Vorausſetzungen der Wirkſamkeit „non iam sic stant".

Nicht beizutreten iſt der vom Reichsgericht[25]) ſeinerzeit über die Wirkſamkeit perſonenrechtlicher Verträge zwiſchen den Ehegatten vertretenen Anſicht, wonach allen dieſen Verträgen eine ſchwebende Unwirkſamkeit innewohne, was beſagen ſoll, daß ſie nur ſo lange Gültigkeit hätten, als das gegenſeitige Einverſtändnis fortdauere, und daß dementſprechend jeder Ehegatte jederzeit nach Willkür ſich von dem Vertrage losſagen könne. Das Reichsgericht geht dabei offenbar davon aus, daß, weil nicht auf Erfüllung ſolcher Verträge geklagt werden könne, bindende Verträge im Rechtsſinne überhaupt nicht vorlägen. Dem kann nicht beigetreten werden. Zum Begriffe eines Vertrages gehört nach der *heute herrſchenden Auffaſſung* nicht, daß aus dem Vertrage in jedem Fall eine Klage auf Erfüllung desſelben gegeben ſein muß, ſondern lediglich, daß die Willenserklärungen der Vertragſchließenden auf die Hervorbringung einer beſtimmten rechtlichen Wirkung gerichtet ſind. Welches die rechtliche Wirkung des Vertrages alsdann iſt, iſt unter Berückſichtigung der geſetzlichen Vorſchriften, im übrigen aber im Wege der Auslegung zu ermitteln. Daß aus Verträgen Verpflichtungen erwachſen können, auf deren Erfüllung nicht geklagt werden kann, zeigt beiſpielsweiſe der Arbeitsvertrag. Auf Erfüllung der Gefolgſchaftstreue, die nach dem Geſetz zur Ordnung der

[24]) S. 27/28.

[25]) 4. Senat des Reichsgerichts, Entsch. v. 3. Juni 1910, wiedergegeben im Recht 1910 Nr. 3187.

nationalen Arbeit Pflicht, und zwar erſte Pflicht jedes Gefolgſchaftsangehörigen iſt, kann nicht geklagt werden. Ebenſo ſind bei Geſellſchaften, Vereinen uſw. Pflichten der Mitglieder denkbar, auf deren Erfüllung nicht geklagt werden kann. Auch im Beamtenrecht gibt es ſolche Pflichten. Aus der Tatſache, daß auf Erfüllung einer Vertragspflicht nicht geklagt werden kann, kann alſo nicht geſchloſſen werden, daß eine Rechtspflicht und ein bindender Vertrag überhaupt nicht beſteht.

Wenn alſo auch bei Verträgen unter Ehegatten eine Klage auf Erfüllung der Vertragspflichten meiſt nicht gegeben ſein wird, iſt damit das Vorliegen eines bindenden Vertrages mit beſtimmten Rechtspflichten nicht ausgeſchloſſen. In jedem Einzelfall iſt daher zu prüfen, welche Pflichten der eine oder der andere Ehegatte mit der Vereinbarung übernommen hat, ob und welche Möglichkeiten der Rechtsverfolgung bei Verletzung dieſer Pflichten gegeben ſind.

Im folgenden ſoll an einigen Beiſpielen gezeigt werden, daß in einer Reihe von Fällen ſchon nach dem Geſetze ſelbſt der Veränderung der tatſächlichen Verhältniſſe in den perſönlichen Rechtsbeziehungen zwiſchen den Ehegatten Rechnung getragen wird. Wenn beiſpielsweiſe die Ehegatten vereinbart haben, daß die Frau ſelbſtändig ihren Beruf ausüben darf und deshalb zu Arbeiten im Hausweſen oder im Geſchäfte des Mannes nicht verpflichtet ſein ſoll, ſo hat die urſprüngliche Abmachung ihre bindende Kraft in dem Augenblick verloren, in dem die wirtſchaftlichen Verhältniſſe der Ehegatten ſich ſo verändert haben, daß die Mithilfe der Frau in der Hauswirtſchaft ſich als unbedingt notwendig erweiſt. Im Geſetz kommt die Rückſichtnahme auf die perſönlichen veränderten Verhältniſſe im § 1356 II BGB. mit den Worten zum Ausdruck: „Zu Arbeiten im Hausweſen und im Geſchäfte des Mannes iſt die Frau verpflichtet, ſoweit eine ſolche Tätigkeit nach den Verhältniſſen, in denen die Ehegatten *leben*, üblich iſt.“ Es kommt alſo hiernach nicht darauf an, in welchen Verhältniſſen die Ehegatten einmal lebten, ſondern es ſoll in jedem Augenblick den veränderten Verhältniſſen, der Gegenwart, Rechnung getragen werden. Ebenſo wäre zu entſcheiden, wenn ſich nach Abſchluß eines Vertrages, der der Frau die weitere Berufsausübung ſichert, zeigt, daß die Frau im Hausweſen nicht mehr entbehrlich iſt, weil z. B. die Kinder einer verſtärkten Aufſicht bedürfen. Ob in einem ſolchen Falle die Vereinbarung von ſelbſt oder erſt nach einer Kündigung ihre bindende Kraft verliert, richtet ſich danach, ob die Veränderung der wirtſchaftlichen Verhältniſſe

eine ſolche Lage herbeigeführt hat, daß die Aufrechterhaltung des früheren Zuſtandes als ſittenwidrig erſcheinen würde; das wäre beiſpielsweiſe dann der Fall, wenn der Haushalt bei der ſtändigen Abweſenheit der Frau und der Unmöglichkeit der Anſtellung einer Hilfskraft einer Verwahrloſung anheimfiele. Im Zweifel wird man jedoch, wie oben dargelegt, nur ein Kündigungsrecht annehmen müſſen.

So wird auch im § 1358 II BGB. den jeweils veränderten Umſtänden inſofern Rechnung getragen, als das ehemännliche Kündigungsrecht beim Getrenntleben der Ehegatten erliſcht, aber bei Wiederherſtellung der häuslichen Gemeinſchaft wiederauflebt. — Auch enthalten die §§ 1360, 1361 und 1611 BGB. über die Unterhaltsgewährung zwiſchen Ehegatten beſondere Vorſchriften, nach denen den veränderten Umſtänden nach Billigkeitsgrundſätzen Rechnung zu tragen iſt. Dieſe Vorſchriften müſſen auch auf Verträge Anwendung finden. Wenn alſo beiſpielsweiſe der Mann der Frau bei berechtigtem Getrenntleben eine beſtimmte Summe als monatlichen Unterhalt vertraglich zugeſichert hat, ſo kann er dieſen Vertrag nur dann aus wichtigem Grund kündigen, wenn z. B. in ſeinen Vermögensverhältniſſen derartige Veränderungen eingetreten ſind, die ihm die Zahlung der abgeſprochenen Summe ohne Gefährdung ſeines notdürftigen Unterhaltes unmöglich machen, oder aber wenn ſich die Frau ſchwere Verfehlungen gegen die auch bei Getrenntleben noch beſtehenden Pflichten gegenüber der Ehegemeinſchaft hat zuſchulden kommen laſſen[26]).

Gleiches muß für eine eventuelle Unterhaltsverpflichtung der Frau gelten. Haben die Ehegatten, da der Mann ausreichend für den gemeinſamen Unterhalt verdient, vereinbart, daß die Einkünfte der Frau aus ihrem Vermögen ihr für ihre weitere Fortbildung zuſtehen oder für eine beſonders gute Erziehung der Kinder verwandt werden ſollen, ſo entfällt die Grundlage des Vertrages in dem Augenblicke, in dem der Mann nicht mehr ausreichend verdient oder vollkommen außerſtande iſt, die Familie oder auch ſich ſelbſt zu unterhalten (§ 1360 II BGB.).

Wir ſehen alſo, daß in weitgehendem Maße der Geſetzgeber ſelbſt die Veränderung der Verhältniſſe während der Ehe berückſichtigt haben will, und zwar ſowohl für den Fall, daß ſich die perſönlichen Rechtsbeziehungen der Ehegatten lediglich nach dem Geſetz beſtimmen, als auch für den Fall, daß ſie dieſelben vertragsmäßig feſtgelegt haben.

---

[26]) Vgl. Staudinger-Engelmann zu § 1360 Anm. 6c.

Es ſei darauf hingewieſen, daß die Verträge zwiſchen den Ehegatten über ihre perſönlichen Rechtsbeziehungen nicht als Eheverträge bezeichnet werden können, da „Ehevertrag" ein feſtſtehender terminus technicus iſt für Verträge zwiſchen Ehegatten zur Regelung ihrer güterrechtlichen Verhältniſſe (§§ 1432, 1434 BGB.)[27]).

Vielfach iſt im Schrifttum[28]) behauptet worden, daß auch auf ſolche Vereinbarungen zwiſchen den Ehegatten, die gemiſchten Charakter tragen, die alſo ſowohl perſonenrechtlicher als auch vermögensrechtlicher Natur ſind — wie z. B. Vereinbarungen über die in den §§ 1356, 1357, 1360, 1361 geregelten Materien —, die Formvorſchriften über den güterrechtlichen Vertrag analog angewandt werden müßten. Jedoch iſt das unrichtig. Die Formvorſchrift für „Eheverträge" beſteht nach dem Geſetz nur für die Regelung güterrechtlicher Angelegenheiten. Dieſe ſind nicht identiſch mit ehelich-vermögensrechtlichen Angelegenheiten, ſondern nur eine Unterart derſelben. Die Formvorſchrift des § 1434 BGB. iſt aber nur für güterrechtliche Verträge gegeben, und zwar weſentlich mit Rückſicht darauf, daß in weitem Umfange die Intereſſen Dritter, die in Vermögensbeziehungen zu den Ehegatten treten könnten, geſchützt werden ſollen. Gleiches läßt ſich im allgemeinen von perſonenrechtlichen ſowie ſonſtigen vermögensrechtlichen Verträgen nicht ſagen, ſo daß ein Bedürfnis auch für ſolche Verträge eine entſprechende Formwahrung zu verlangen, nicht beſteht. Es iſt natürlich nicht ausgeſchloſſen, daß ein Vertrag über die in den §§ 1353 ff. geregelten Materien zugleich güterrechtliche Wirkungen hat. Alsdann iſt natürlich die Form des § 1434 notwendig. Dazu würde beiſpielsweiſe eine Vereinbarung zu rechnen ſein, wonach die von der Ehefrau nach § 1356 geſchuldeten Dienſte als Beitrag zum ehelichen Aufwand angerechnet werden, im übrigen aber entgegen den §§ 1363, 1376, 1383 BGB. die Einkünfte aus ihrem Vermögen ihr zuſtehen ſollen.

Verträge über die perſonenrechtlichen Beziehungen können alſo formlos, und zwar, wie bereits erwähnt, ſowohl ausdrücklich als auch konkludent geſchloſſen werden. Es kann ſich aber auch um Übereinkünfte tatſächlicher Art handeln, bei denen von einer rechtsgeſchäftlichen Bindung abgeſehen wird. Unterlagen über derartige Verträge und Abmachungen tatſächlicher Art zwiſchen Ehegatten ſind aktenmäßig kaum zu erhalten.

---

[27]) Staudinger-Engelmann zu § 1432 Anm. 1.

[28]) Ehrlich S. 191; Bollenbeck i. Ztschr. d. deutsch. Notar-Vereins 1911 S. 751 ff.; Endemann II, 2 S. 290; Bayr. ObLG. i. Recht 1903 S. 456.

Den Gerichten werden ſolche Abmachungen unter Ehegatten meiſt nur in Verbindung mit Eheſcheidungsprozeſſen bekannt. Gelegentlich ſind ſie auch bei den Anmeldungen zu den Eintragungen ins Güterrechtsregiſter über vereinbarte Gütertrennung, Entziehung der Schlüſſelgewalt uſw. zu finden. Weit mehr Material über ſolche Verträge findet man bei Anwälten und Notaren, die in Verbindung mit ſonſtigen Eheſachen häufig Einblicke in derartige Regelungen erhalten. Aktenmäßiges Material iſt wohl deshalb ſo ſelten zu bekommen, weil die irrige Meinung von der Unwirkſamkeit ſolcher Verträge noch viel zu weit verbreitet iſt.

Das tatſächliche Material zur vorliegenden Arbeit ſtammt, ſoweit es nicht frei aus dem Leben geſchöpft iſt, aus den ſoeben genannten Quellen. Auf dieſe Weiſe läßt ſich natürlich nur ein kleiner Prozentſatz von Verträgen und Abmachungen zwiſchen Ehegatten erfaſſen. Doch kann man annehmen, daß das Material, das bei Gerichten und bei Anwälten zu finden iſt, ein verkleinertes, aber getreues Spiegelbild des täglichen Lebens iſt. Wer ſich mit offenen Augen die heutigen Ehen anſieht, wird beſtätigt finden, daß faſt jede Ehe ihre beſondere perſönliche Ausgeſtaltung durch die Ehegatten erfahren hat. In der Arbeiter- und Mittelſtandsbevölkerung handelt es ſich meiſt um ſtillſchweigend getroffene Vereinbarungen der Ehegatten, die auf eine außerhäusliche Tätigkeit, ein Mitverdienen der Ehefrau und dergleichen mehr abzielen. In den materiell beſſer geſtellten Volksſchichten handelt es ſich dagegen zumeiſt mehr um Vereinbarungen, die den perſönlichen Lebens- und Wirkungskreis der beiden Ehegatten näher umgrenzen.

II. ABSCHNITT.

Vereinbarungen über die eheliche Lebensgemeinschaft.

Bei Betrachtung des durch Gesetz geregelten Inhaltes der ehelichen Lebensgemeinschaft fällt auf: Einmal, daß im Gegensatz zu der in früheren Partikularrechten[1]) geübten Methode kasuistischer Aufzählung der einzelnen Pflichten und Rechte der Ehegatten im § 1353 BGB. eine weitgehend abstrakte Formulierung gewählt wurde, die der Fülle der durch das Leben gegebenen Möglichkeiten einen weiten Spielraum läßt. Es fehlt im Gesetz jede juristische Definition des Wesens der Ehe. Jedoch ergibt sich aus § 1353 einwandfrei, daß das Eheideal des BGB. dem Kulturideal des gesamten christlichen Abendlandes, der Einehe, entspricht, wonach Mann und Frau durch die Eheschließung zu einer Gemeinschaft für das ganze Leben verbunden sein sollen. Andererseits wird die Ehe im BGB. nicht, wie nach kanonischem Recht, als eine übernatürliche, unlösbare Verbindung, als Sakrament, angesehen, denn die Ehescheidung wird ausdrücklich zugelassen. Zum andern fällt auf, daß, während fast alle anderen Teile des BGB. den stark individualistischen und liberalistischen Geist des 19. Jahrhunderts widerspiegeln, dies im Eherecht nicht in gleichem Maße der Fall ist. Hier war man im Gegenteil bestrebt, das überlieferte Eheideal — die Einehe mit der Vormachtstellung des Mannes — traditionsgebunden zu erhalten und dafür gesetzliche Bindungen aufzustellen. Dies geschah einmal durch den Einfluß der historischen Rechtsschule und zum andern aus der Erkenntnis heraus, daß die Institution der Ehe mit dem gesamten staatlichen Leben organisch verbunden ist. Das Reichsgericht[2]) faßt diese Erkenntnis treffend in die Worte: „Das natürliche und sittliche Band der Ehe ist die Grundlage der Familie, diese wiederum die Grundlage der Gesellschaft und des Staates als einer geordneten Gesellschaft. Deshalb hat der Staat an der gesunden Ordnung der ehelichen Verhältnisse, deren Be-

[1]) So ALR. II, 1 §§ 173 ff.; Oesterr. GB. §§ 40 u. 90; Sächs. GB. § 1630.
[2]) RGZ. 71, 86.

ſtändigkeit allein die Erfüllung eines der vornehmſten Zwecke der Ehe, die Erziehung der Kinder, die zugleich den Volksnachwuchs bilden, gewährleiſtet, ein hohes Intereſſe." Aus dieſer Verknüpfung von Staat und Ehe wurde das Recht und die Pflicht des Staates gefolgert, nicht nur die Bedingungen für die Eingehung und Auflöſung der Ehe feſtzuſetzen, ſondern auch ihren rechtlichen Inhalt, die durch die Ehe begründeten Beziehungen der Ehegatten zueinander ſowie zu ihren Kindern und zu Dritten zu ordnen[3]).

Trotz traditionsgebundener Eheauffaſſung fehlt aber dem BGB. die Anerkennung einer durch die Eheſchließung begründeten neuen Einheit, einer den Einzelperſonen übergeordneten Gemeinſchaft oder Genoſſenſchaft, wie ſie den älteren deutſchen Rechten bekannt war[4]) und wie ſie z. B. im Schweizeriſchen Zivilgeſetzbuch von 1907 enthalten iſt. Hier heißt es im Artikel 159: „Durch die Trauung werden die Ehegatten zur ehelichen Lebensgemeinſchaft verbunden." Dagegen heißt es im § 1353 BGB.: „Die Ehegatten ſind einander zur ehelichen Lebensgemeinſchaft verpflichtet." Hierin kommt die den Verfaſſern des BGB. gemäße Blickrichtung zum Ausdruck, grundſätzlich alle Rechts- und Lebensverhältniſſe von der Einzelperſönlichkeit aus zu ſehen. So erfahren die Einzelperſönlichkeiten der Ehegatten durch die Eingehung der Ehe gewiſſe Beſchränkungen ihrer perſönlichen Freiheit. Dieſe Beſchränkungen ſind nun vom Geſetzgeber als gegenſeitige Rechte und Pflichten, wie ſie ſich aus dem ſittlichen Kulturideal ergeben, normiert. Mit den Worten: „Die Ehegatten ſind einander . . . . verpflichtet", ſind ſchuldrechtliche Begriffe in das Eherecht eingeführt worden. Man könnte danach glauben, daß die Schöpfer des Eherechtes der gleichen Auffaſſung wie die Lehrer des Naturrechtes im 17. und 18. Jahrhundert geweſen ſeien, nämlich daß die Ehe ein Vertrag ſei (contractus civilis). Dem iſt aber nicht ſo. Vielmehr wird, obwohl die Eheſchließung durch einen formellen Vertrag erfolgt, die Ehe als ein familienrechtliches Verhältnis beſonderer Art angeſehen. Dennoch kann nicht geleugnet werden, daß das Verhältnis der Ehegatten zueinander eine

[3]) Es hat aber bei der Schaffung des BGB. nicht an Stimmen gefehlt, die die Ehe rechtlicher Normierung überhaupt entziehen wollten, da sie ihrer Natur nach dem Bereich der Sittlichkeit angehöre und daher auch diesem Normengebiet ausschließlich überlassen werden müßte. Vgl. Stenogr. Berichte, 4. Session, 9. Legislaturperiode; Prot. IV S. 2917 sowie Neustadt: Kritische Studien zum Familienrecht, Bd. I S. 222 ff.

[4]) Vgl. Gierke: „Das deutsche Genossenschaftsrecht". Berlin 1913, Bd. II S. 931 ff.

nahe Verwandtſchaft mit einem ſchuldrechtlichen Vertrag aufweiſt[5]), denn durch den Eheſchluß wird von den Ehegatten, genau wie von einem Schuldner, ein Tun und Unterlaſſen gefordert, es werden gegenſeitige Rechte und Pflichten begründet, deren Erfüllung die Ehegatten einander ſchulden und bei deren Nichterfüllung der eine Ehegatte gegen den anderen Klage auf Herſtellung des ehelichen Lebens (§ 1353 Abſ. 2 BGB.), alſo auf Erfüllung, und bei beſonders ſchweren Verfehlungen ſogar Scheidungsklage (§§ 1565 ff. BGB.) erheben kann.

Wenn im Schrifttum[6]) vielfach angenommen wird, die Ehe begründe ein Familenrechtsverhältnis, kraft deſſen jeder Ehegatte am anderen ein abſolutes, gegen jedermann wirkſames Perſonenrecht erlange, aus dem auch der Anſpruch eines Gatten gegen den anderen auf Herſtellung der ehelichen Lebensgemeinſchaft fließe, ſo iſt dies eine Konſtruktion, die ihre Rechtfertigung allenfalls in einer rein herrſchaftsmäßigen Auffaſſung der Ehe finden könnte, die jedoch im geltenden Geſetz keine Stütze hat. Zwar entſtehen durch das Familien- und Eheverhältnis auch gewiſſe abſolute, gegen jedermann wirkende Rechte, wie z. B. das bei geſetzlichem Güterſtand beſtehende ehemännliche Verwaltungs- und Nutznießungsrecht, ſowie die aus der elterlichen Gewalt fließenden Rechte[7]). Hingegen erwachſen die aus der ehelichen Lebensgemeinſchaft entſpringenden Rechte und Pflichten zur Treue, zur Geſchlechts- und Hausgemeinſchaft, zur Fürſorge, Pflege und Anteilnahme uſw. nur in der Perſon der Ehegatten, ſie wirken ſich nicht auch als Herrſchaftsrechte gegenüber Dritten aus. Wohl kann auch ein Dritter das eheliche Verhältnis verletzen, z. B. im Falle des Ehebruches. Daß es ſich aber ſolchenfalls nur um die Verletzung relativer, d. h. nur zwiſchen den Gatten beſtehender Rechte, ſowie um die Verletzung einer Sittenpflicht handelt, wird auch von der Rechtſprechung dadurch anerkannt, daß in ſolchem Falle ein Schadenserſatzanſpruch gegen den Dritten gemäß § 823 Abſ. 1 BGB. nicht gewährt wird[8]). Ebenſo beſteht gegen den Dritten kein Herſtellungsanſpruch des verletzten Ehegatten[9]).

---

[5]) Ebenso v. Tuhr, Allg. Teil Bd. I S. 145.

[6]) So Wolff zu § 31, II; Gierke a.a.O. I S. 261, 12; Zitelmann IPR. II S. 603.

[7]) Ebenso v. Tuhr a.a.O. S. 137, 146, 210 Anm. 20; RGRK. zu § 823 Anm. 9; RG. bei Warn. 1922, Nr. 41; RG. in JW. 1913 S. 202.

[8]) Vgl. RGZ. 72, 131.

[9]) a.M. Wolff § 31, II.

Damit entſteht die Frage, ob nach geltendem Recht alle durch die eheliche Lebensgemeinſchaft begründeten Pflichten zu Rechtspflichten erhoben worden ſind, oder genauer, ob das Recht eines Gatten auf Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinſchaft die rechtliche Befugnis umfaßt, vom andern alle diejenigen Leiſtungen, Handlungen wie auch Unterlaſſungen zu verlangen, die nach der herrſchenden Sittenanſchauung von Ehegatten gefordert werden können. Auszuſcheiden haben hierbei ſelbſtverſtändlich alle ſolchen von Sitte und Moral geforderten Pflichten, die ſich an die innere Geſinnung der Gatten wenden, wie: die wahre eheliche Liebe, das rechte gegenſeitige Verſtändnis u. a. Derartige, ſich an die innere Geſinnung der Gatten wendende ſittliche Forderungen können niemals Rechtscharakter haben. Wohl aber kann ein Gatte vom anderen auf Grund ſeines Rechtes auf eheliche Lebensgemeinſchaft jederzeit ein der rechten ehelichen Geſinnung entſprechendes äußeres Verhalten verlangen. Deshalb wird auch nach herrſchender Meinung alles das als Rechtspflicht unter Ehegatten angeſprochen, was durch das Sittengeſetz für die eheliche Lebensgemeinſchaft an Betätigungen und Unterlaſſungen geboten wird[10]). Das Reichsgericht vertritt in ſtändiger Rechtſprechung dieſen Standpunkt: „Die Verpflichtung aus § 1353 umfaßt alle die nicht im Geſetzbuch beſonders hervorgehobenen Pflichten, die ſich nach dem Weſen der Ehe aus den perſönlichen Beziehungen der Ehegatten zueinander ergeben, ſo die Verpflichtung zur häuslichen Gemeinſchaft, zur wechſelſeitigen Treue und Beiſtandsleiſtung, zur Geſtattung des Geſchlechtsverkehrs . . . . Die Vorſchrift des § 1353 hat daher Anwendung zu finden . . . . in allen Fällen, wo irgendeine der aus dem perſönlichen Verhältnis der Ehegatten entſpringenden Pflichten verletzt und vom anderen Ehegatten deren Erfüllung verlangt wird.“[11])

Abzulehnen iſt m. E. die von Endemann, Gauß u. a. vertretene Anſicht[12]), daß nur diejenigen ehelichen Pflichten als Rechtspflichten zu gelten haben, deren Verletzung das eheliche Leben zerſtöre und das Recht auf Scheidung begründe oder vorausſichtlich begründen würde. Gegen dieſe Anſicht ſpricht vor allen Dingen, daß im Scheidungsrecht nur ſolche

---

[10]) Planck, Staudinger-Engelmann, RGRK. jeweils zu § 1353 Bem. 1; Meißner, Familienrecht S. 58; Wieruszowski I, § 2, sowie zahlreiche andere Schriftsteller.

[11]) RGZ. 97, 286 ff.; vgl. auch RGZ. 51, 182 ff.; RG. U. v. 8. 10. 08 i. Recht 1908 Nr. 3429 sowie 3430; RG. bei Warn. 1912 Nr. 262.

[12]) Endemann II, § 169; Gauß S. 18 ff.

Pflichten herausgeſtellt ſind, deren Verletzung an ſich oder ihrer Art oder ihrem Ausmaß nach ſo ſchwerwiegend erſcheint, daß die Ehe als zerſtört und daher für ſcheidungsreif angeſehen wird. Darin kann ſich aber der Kreis der ehelichen Rechtspflichten keinesfalls erſchöpfen. Unmöglich kann von der Verletzung einer ehelichen Rechtspflicht erſt dann geſprochen werden, wenn ſie bereits einen Scheidungsgrund nach § 1568 BGB. abgeben würde, wenn alſo infolge der Verletzung die Ehe ſchon ſo tief zerrüttet iſt, daß dem verletzten Gatten die Fortſetzung derſelben nicht mehr zugemutet werden kann. Auch würde die im § 1353 Abſ. II,1 gegebene Mißbrauchsvorſchrift ihren Sinn verlieren, wenn ſich der Kreis der ehelichen Rechtspflichten darin erſchöpfen würde, dem andern keinen Scheidungsgrund erwachſen zu laſſen. Ein Mißbrauch eines Rechtes kann nur immer da vorliegen, wo er ſich gegen ein bereits beſtehendes Recht richtet. Entſprechend müßte man für das Schuldrecht ſagen, daß Rechtspflichten nur da vorliegen, wo das Geſetz ein Kündigungsrecht gibt. Aus den Rechtsfolgen läßt ſich alſo auf die Natur und den Umfang der ehelichen Pflichten als Rechtspflichten nicht ſchließen. Nach herrſchender Meinung in Schrifttum und Rechtſprechung[13]) wird denn auch wegen jeder Verletzung der unter § 1353 fallenden Pflichten die Klage auf Herſtellung des ehelichen Lebens gewährt, die ſich allerdings, da das ergehende Urteil nicht vollſtreckbar iſt, für den Obſiegenden nur als ein Mittel zur richterlichen Anerkennung ſeines verletzten Rechtes darſtellt, die aber unter Umſtänden auch zur Grundlage für einen Scheidungsprozeß werden kann[14]).

Zuſammenfaſſend iſt nach dieſen Feſtſtellungen zu ſagen: Die Ehegatten ſchulden ſich gegenſeitig die Erfüllung aller derjenigen Pflichten, die ſich nach dem herrſchenden Eheideal, der Verpflichtung zur vollkommenen ehelichen Lebensgemeinſchaft und den für Ehegatten geltenden Sittengeſetzen, als eheliche Rechtspflichten darſtellen. Daraus, daß die ehelichen Pflichten obligatoriſcher oder jedenfalls obligationsähnlicher Natur, alſo nicht abſolute Herrſchaftsrechte ſind, ergibt ſich ferner auch die für die vorliegende Arbeit grundlegende Folgerung, daß die Ehegatten ihr perſönliches Verhältnis durch Vereinbarungen, entſprechend den ſozialen und individuellen Notwendigkeiten, näher ausgeſtalten können.

---

[13]) Staudinger-Engelmann, Vorbem. VIII zu § 1353; Planck und RGRK. jeweils zu § 1353 Anm. 2; Wolff § 31, VII, 1; RGZ. 51, 182.

[14]) RGZ. 51, 182; RG. b. Warn. 1912 Nr. 262.

Der praktiſche Wert von Vereinbarungen zwiſchen Ehegatten über ihre perſönlichen Rechtsbeziehungen liegt auf den verſchiedenſten Gebieten. So können die Ehegatten den Wunſch haben, ihre Ehe entſprechend den Bedürfniſſen ihres Standes oder der ſozialen Schicht, der ſie angehören, vertraglich auszugeſtalten. Die Ehe des BGB. iſt uniform, ſie nimmt keine Rückſicht auf die tatſächlich beſtehenden Unterſchiede zwiſchen einer Bauern- und einer Arbeiterehe, zwiſchen einer Künſtler- und Handwerkerehe. Verträge ſind daher ein geeignetes Mittel, den ſtrukturellen Verſchiedenheiten und den für jede dieſer Ehen beſtehenden beſonderen Bedürfniſſen Rechnung zu tragen. Zum andern können die Ehegatten den Wunſch haben, eine rechtsverbindliche Abgrenzung zwiſchen ihren Gemeinſchafts- und Individualintereſſen vorzunehmen. Eine ſolche vertragliche Abgrenzung wird ſich insbeſondere dann oft als nützlich erweiſen, wenn die Ehefrau beruflich tätig iſt. Es iſt eine heute nicht mehr zu leugnende Tatſache, daß ſich die Stellung der Frau im Berufs- und Wirtſchaftsleben gegenüber dem bei Einführung des BGB. herrſchenden Zuſtand grundlegend verändert hat. Nach der letzten umfaſſenden Berufszählung aus dem Jahre 1925[15]) waren in Deutſchland 32 009 300 Perſonen erwerbstätig, davon 11 478 000 Frauen, das ſind 35% aller Erwerbstätigen, und von dieſen Frauen waren wiederum rund 30% verheiratet. Wie häufig kommt es vor, daß die Frauen auch nach Eingehung der Ehe gezwungen ſind, mitzuverdienen, beſonders dann, wenn der Ehemann arbeitslos geworden iſt. Wieviele Frauen gibt es, die vor ihrer Ehe eine berufliche Ausbildung genoſſen oder ſchon im Berufsleben geſtanden haben. Wie leicht kann ſich in allen dieſen Fällen eine Kolliſion von Berufspflichten oder -intereſſen mit den ehelichen Pflichten ergeben. Die Tatſache des Eindringens der Frau in das Berufs- und Wirtſchaftsleben, die ſich in den letzten Jahrzehnten in wachſendem Maße auch in vielen ausländiſchen Staaten vollzogen hat[16]), wird trotz aller Beſtrebungen, die Frau wieder

[15]) Vgl. Deutsche Wirtschaftskunde, herausgeg. v. Statistischen Reichsamt. Berlin 1930 S. 39/40 u. 43.

[16]) Statistisches Jahrbuch für das Deutsche Reich von 1936

Land	Zählungsjahr	Erwerbspersonen in Tausend			Gesamtbevölkerung überhaupt
		männlich	weiblich	überhaupt	
Deutschland	1933	20817,0	11479,1	32296,1	65218,5
Frankreich	1926	13556,3	7837,8	21394,1	40228,5
Österreich	1934	2100,7	1069,6	3170,3	6760,2
Litauen	1923	658,8	713,2	1372,0	2029,0
Bulgarien	1926	1667,7	1377,6	3045,3	5478,7

ganz dem Hauſe zuzuführen, beſtehenbleiben. Durch die großen Fortſchritte der Technik ſind der Frau, beſonders der Städterin, zahlreiche Gebiete der Hauswirtſchaft, die ihr früher oblagen, abgenommen oder ſo vereinfacht worden, daß ihr trotz ihres hausfraulichen Berufes noch genügend freie Zeit und Arbeitskraft verbleibt, um ſich noch anderweitig zu betätigen. Geſchieht das nicht, ſo kann ſich der Mangel an körperlicher oder geiſtiger Beſchäftigung in vielfacher Beziehung ungünſtig und ſchädlich auf die Frau und damit auch auf die eheliche Gemeinſchaft auswirken. Zahlreiche Eheſcheidungen beweiſen dies. Jede berufliche oder ſoziale Arbeit, ganz gleich, ob damit ein Verdienſt verbunden iſt oder nicht, ſowie jede Schaffung eines eigenen Intereſſengebietes macht die Frau erſt zur gleichwertigen Genoſſin des Mannes, erweitert ihren Geſichtskreis und bereichert und befruchtet ſomit auch die eheliche Gemeinſchaft. Nicht zuletzt wird eine ſolche Ehefrau als Mutter auch fähiger ſein, ihre Kinder zu erziehen, ihnen die Augen für die wirklichen Werte und weſentlichen Dinge des Lebens zu öffnen, ſie zur Arbeit, zur Gemeinſchaft und zum Dienſt am Volke vorzubereiten.

In allen derartigen Fällen wird deshalb die Ehefrau — auch eine zukünftige — ein Intereſſe an einer vertraglichen Abgrenzung ihrer ehelichen Pflichten und Rechte gegenüber ihren ſonſtigen Pflichten und Intereſſen haben. Dadurch kann ſpäter entſtehenden Schwierigkeiten, ſei es in der Ehe, ſei es im Berufsleben oder im ſonſtigen perſönlichen Wirkungskreis der Frau, nach Möglichkeit aus dem Wege gegangen und damit Streit zwiſchen den Ehegatten vermieden werden. Andererſeits iſt natürlich zuzugeben, daß auch ein ſolcher Vertrag zur Quelle von Streitigkeiten werden kann, was aber der grundſätzlich poſitiven Bedeutung der Verträge keinen Abbruch tut. Auch für den Ehemann kann angeſichts der veränderten Stellung der Frau aus den verſchiedenſten Gründen ein Bedürfnis nach einer vertraglichen Abgrenzung der gegenſeitigen ehelichen und perſönlichen Pflichten beſtehen.

Häufig beſteht auch für beide Ehegatten ein weitgehendes Intereſſe, durch gegenſeitige Übereinkunft vorweg alle die ihre gegenwärtigen oder zukünftigen Kinder betreffenden Fragen zu regeln, wie Schule, Religion, Berufsausbildung uſw. Beſonders aber wird ſich, wenn einer oder beide Ehegatten ſchon einmal verheiratet waren und aus dieſen früheren Ehen Kinder mitgebracht haben, eine vertragliche Regelung zwecks Abgrenzung der verſchiedenen Pflichtenkreiſe empfehlen.

Es muß den Ehegatten auch freiſtehen, entſprechend ihrer ſittlichen Überzeugung noch ſtärker als dies im gegenwärtigen Recht zum Ausdruck kommt, in ihrer Ehe den Einheits- und Genoſſenſchaftsgedanken zu verwirklichen. So können ſie vereinbaren, daß für den Fall eines Widerſtreites, ganz gleich welcher Art, zwiſchen Einzelintereſſen und Gemeinſchaftsintereſſen, jeder Ehegatte ſich ſo zu verhalten hat, daß die der Aufrechterhaltung, Verdichtung und Verſchönerung der Gemeinſchaft dienenden Belange in erſter Linie gewahrt werden[17]). Eine gegenſeitige Übereinkunft wird aber auch immer da am Platze ſein, wo bereits ein Streit über eheliche Fragen entſtanden iſt. Der Weg vertraglicher Beilegung von Eheſtreitigkeiten iſt jedenfalls ſittlicher, ſicherer und einem langwierigen, oft koſtſpieligen und für beide Teile unerfreulichen und peinlichen Weg einer Klage auf Herſtellung des ehelichen Lebens vorzuziehen. Unter Umſtänden kann auch durch eine ſolche Vereinbarung eine drohende Scheidung abgewandt werden. Kommt es doch zum Prozeß, ſo dient eine ſolche Vereinbarung jedenfalls der Beweiserleichterung und Beweisſicherung. Beſondere Bedeutung können perſonenrechtliche Vereinbarungen auch bei der Feſtſtellung gewinnen, ob eine mißbräuchliche Rechtsausübung oder Rechtsanmaßung eines Ehegatten vorliegt, denn in der Regel wird ſich das Handeln eines Ehegatten, das einer an ſich rechtsgültigen Vereinbarung zuwiderläuft, als ein Mißbrauch darſtellen[18]). Damit gewinnen Verträge zur Regelung der gegenſeitigen Befugniſſe die Bedeutung einer Sicherung gegen mißbräuchliche Rechtsausübung des einen Gatten gegen den anderen.

Eine rechtswirkſame Vereinbarung wird man immer da ſehen müſſen, wo die Ehegatten zur Regelung irgendeines ſie nicht befriedigenden Zuſtandes zu einem Abſchluß kommen, ſich für die Zukunft binden wollen und daher ſich gegenſeitig beiſpielsweiſe folgende Erklärungen abgeben: „Jetzt wollen wir einmal ausmachen . . .“, „Jetzt ſind wir uns einig . . .“, „Dieſer Zuſtand ſoll jetzt mal endgültig geregelt werden, du tuſt dies und ich tue das. Gut, damit bin ich einverſtanden . . .“ uſw. Daneben gibt es, wie geſagt, noch Übereinkünfte tatſächlicher Art zwiſchen Ehegatten. Sie beruhen meiſt auf einem Dulden, Geſchehenlaſſen, einer

[17]) Nach ständiger Rechtsprechung haben bei einem Widerstreit zwischen Gemeinschaftsbelangen und Einzelinteressen der Gatten in der Regel die Gemeinschaftsbelange gegenüber den Einzelinteressen den Vorrang, es sei denn, daß letztere einen höheren sittlichen Wert haben. So RGZ. 59, 256 ff.; 95, 330 ff.; OLG. Hbg. in OLG. Bd. 3 S. 245.

[18]) So RGZ. 124, 56—57.

ſtändigen Gewohnheit; keiner der beiden Ehegatten wird ſich hierbei darüber klar, ob aus ſolchen Zuſtänden Rechte oder Pflichten hergeleitet werden können. Erſt bei ſpäteren Auseinanderſetzungen entſteht die Frage, ob durch die tatſächliche Duldung oder Übung eine neue Rechtslage geſchaffen worden iſt. Hierzu iſt zu ſagen, daß aus derartigen Zuſtänden oder Übereinkünften tatſächlicher Art keine Anſprüche hergeleitet werden können, da ſie des vertraglichen und damit bindenden Charakters entbehren. Trotzdem ſind ſie nicht ganz ohne jede rechtliche Bedeutung. Sie können in Eheſcheidungsprozeſſen und bei der Klage auf Herſtellung des ehelichen Lebens eine Rolle ſpielen, insbeſondere bei der Prüfung der Zumutbarkeit im Falle des § 1568 BGB. Ein Ehegatte, der das ehewidrige oder nicht völlig den Intereſſen der Ehegemeinſchaft entſprechende Verhalten des andern lange Zeit geduldet hat, ohne es gerügt zu haben, wird ſich dies im Prozeß entgegenhalten laſſen müſſen. Eine Ehefrau, die jahrelang duldet, daß ihr Mann bis ſpät in die Nacht ausgeht oder keine Nacht heimkommt, ein Ehemann, der es ſtändig duldet, daß ſeine Frau in einem getrennten Schlafzimmer ſchläft, wird mit einer nur auf dieſen Grund geſtützten Klage nach § 1568 BGB. keinen Erfolg haben.

Im folgenden ſollen in dieſem Abſchnitt nur ſolche Vereinbarungen behandelt werden, die die allgemeinen, aus der ehelichen Lebensgemeinſchaft fließenden Rechte und Pflichten betreffen, nicht dagegen auch die in den §§ 1354 ff. beſonders geregelten Materien der ehelichen Lebensgemeinſchaft.

Daß eine allgemeine Vereinbarung, nach der für einen oder für beide Ehegatten die Rechte und Pflichten aus § 1353 Abſ. I ausgeſchloſſen werden, unzuläſſig iſt, iſt eine in Schrifttum und Rechtſprechung gleichermaßen unbeſtrittene Anſicht[19]). Das gleiche gilt für einen allgemeinen Ausſchluß der die gegenſeitigen Pflichten begrenzenden Ausnahmebeſtimmungen des Abſ. II des § 1353. Dagegen gehen die Meinungen darüber auseinander, ob auch Einſchränkungen der Wirkungen dieſes Paragraphen in ſachlicher und zeitlicher Beziehung unzuläſſig ſeien. Hierbei läßt ſich deutlich eine ſtrengere[20]) und eine mildere[21]) Richtung unterſcheiden. Die

[19]) Staudinger-Engelmann § 1353 Anm. 6 sowie die dort angegebenen Entscheidungen. Dernburg IV, S. 111; Hörle S. 168; Scriba S. 50 u. a.

[20]) RGRK. zu § 1353; Dernburg IV S. 111; Siméon S. 804; RGZ. 61, 50; ebenso RG. in JW. 1905, 436.

[21]) Staudinger-Engelmann § 1353 Anm. 6; Hörle S. 168; RG. in JW. 1901 S. 781; RG. in LZ. 1919, 250.

Schriftſteller der ſtrengeren Richtung, ſoweit ſie nicht überhaupt Verträge auf dem behandelten Gebiete ſchlechthin für unwirkſam halten, begründen ihre Auffaſſung von der Unzuläſſigkeit ſolcher vertraglichen Einſchränkungen mit einem allgemeinen Hinweis auf § 138 BGB. und das ſittliche Weſen der Ehe.

Von den Schriftſtellern der milderen Richtung ſehen insbeſondere Staudinger[22]) und Opet[23]) aus ſittlichen Erwägungen die Grenze des Zuläſſigen darin, daß ſie ſolche Vereinbarungen für grundſätzlich unwirkſam erklären, in denen eine dauernde, nicht nur zeitweilige Aufhebung des Gemeinſchaftslebens feſtgelegt wird. Dieſelbe Auffaſſung kommt in einer Entſcheidung des OLG. Frankfurt[24]) aus dem Jahre 1903 zum Ausdruck, wonach derjenige Ehegatte, der in einem an ſich wirkſamen Vertrag auf ſein Recht, Wiederherſtellung der ehelichen Gemeinſchaft zu verlangen, verzichtet hat, jederzeit zum einſeitigen Rücktritt berechtigt iſt.

Aus der ehelichen Gemeinſchaft folgt nach herrſchender Anſicht die Pflicht zur häuslichen Gemeinſchaft, zum räumlichen Zuſammenleben der Ehegatten; dort, wo der eine Ehegatte den Mittelpunkt ſeines perſönlichen Lebens hat, ſoll ihn auch der andere haben. Zuzugeben iſt, daß ein genereller Ausſchluß der häuslichen Gemeinſchaft, der für alle Zeiten wirkſam ſein ſoll, durch Vertrag nicht gültig vereinbart werden kann, da dies den guten Sitten und dem Sinn der Ehe widerſprechen würde[25]). Ein Recht auf dauerndes Getrenntleben hat ein Ehegatte nur dann, wenn ihm gemäß § 1353 Abſ. II Satz 1 ein Recht zu dauernder Verweigerung der ehelichen Gemeinſchaft erwachſen iſt. Für dieſen Fall iſt es auch anerkannten Rechtens, daß ein Zuſtand dauernder Aufhebung der häuslichen Gemeinſchaft und dementſprechend auch eine darauf gerichtete Vereinbarung als vom Geſetz geſtattet angeſehen werden muß[26]). Selbſtverſtändlich iſt ſolchenfalls auch eine Vereinbarung zur Zahlung einer Rente an den zum Getrenntleben berechtigten Ehegatten zuläſſig[27]). Darüber hinaus müſſen aber auch Vereinbarungen über eine zeitweilige, auf unbeſtimmte Zeit berechnete Aufhebung der häuslichen Gemeinſchaft in

---

[22]) Staudinger-Engelmann § 1353 Anm. 6, § 1354 Anm. 5.
[23]) Opet-v. Blume zu § 1353 S. 95, § 1354 S. 97 Anm. 5.
[24]) OLG. Frankfurt in OLG. Bd. 7 S. 458 ff.
[25]) Vgl. RG. in JW. 1920 S 640.
[26]) So in ständiger Praxis das Reichsgericht vgl. namentlich RGZ. 109, 141 und die dort zitierte Judikatur.
[27]) Ebenso RGZ. 109, 143 = in JW. 1925 S. 943.

zahlreichen Fällen als zuläſſig erachtet werden[28]). Nehmen wir folgendes Beiſpiel: Da einer der Ehegatten zur Geſundung ſeiner Nerven dringend der Ruhe und des Alleinſeins bedarf, beſchließen die Ehegatten zur Vermeidung immer häufiger vorkommender ehelicher Zwiſtigkeiten, bis zur Wiederherſtellung des kranken Ehegatten die häusliche Gemeinſchaft aufzuheben. Es kann dies oft geradezu ein Mittel zur Erhaltung der Ehe ſein und dient damit einem durchaus ſittlichen Zweck[29]). Inwieweit ein ſolcher Vertrag unter dem Geſichtspunkt des § 1361 BGB. auch nach der herrſchenden Meinung als gültig anzuſprechen wäre, ſoll weiter unten ausgeführt werden.

Auch ein *wirtſchaftliches* Intereſſe kann eine Aufhebung der häuslichen Gemeinſchaft der Ehegatten für eine gewiſſe Zeit durchaus rechtfertigen[30]), eine dementſprechende Trennungsvereinbarung, die meiſt mit einer Unterhaltsregelung verbunden ſein wird, braucht alſo keineswegs ſittenwidrig zu ſein. Der Fälle dieſer Art ſind im täglichen Leben unzählige. Folgender Fall diene als Beiſpiel: Der Ehemann iſt Kaufmann oder Wiſſenſchaftler. Er nimmt eine Vertretung einer deutſchen Firma im Ausland oder einen Ruf an eine überſeeiſche Univerſität an; finanziell iſt er aber nicht in der Lage, ſeine Ehefrau gleich mitzunehmen; er läßt ſie alſo mit ihrem Einverſtändnis zurück. Auch geſundheitliche Rückſichten können den Mann veranlaſſen, ſeine Frau und evtl. die Kinder vorläufig zurückzulaſſen. Weshalb ſollte hier eine bindende Einigung zwiſchen den Ehegatten auf eine zeitweilige Trennung unſittlich ſein!

Die rechtliche Wirkung derartiger Vereinbarungen iſt die, daß einem etwaigen dem zuwiderlaufenden Verlangen eines Ehegatten auf Wiederherſtellung der häuslichen Gemeinſchaft der andere Ehegatte die Mißbrauchseinrede entgegenſetzen kann[31]). Auch die Rechtſprechung erkennt ſolche Ausnahmefälle an, in denen aus beſtimmten Gründen ein Anſpruch auf das Zuſammenleben der Ehegatten an einem Orte oder in derſelben Wohnung zeitweiſe ausgeſchloſſen ſein kann. In einem ſolchen Falle kann daher nur die Erhebung einer die häusliche Gemeinſchaft nicht mitumfaſſenden Klage auf Herſtellung der ehelichen Gemeinſchaft ſtatthaft ſein[32]).

---

[28]) Vgl. RGRK. zu § 1567 Anm. 3.

[29]) RG. bei Warn. 1911 Nr. 108, 1913 Nr. 3999.

[30]) Ebenso Staudinger-Engelmann zu § 1354 Anm. 5; RG. in JW. 1901 S. 781, 1908 S. 406.

[31]) siehe Fußnote 30.

[32]) So RGZ. 137, 104; vgl. auch 51, 182; 59, 256; 95, 350.

Die Aufhebung einer Vereinbarung der genannten Art auf Grund beiderſeitigen Einverſtändniſſes iſt ſelbſtverſtändlich jederzeit möglich. Nicht zuzuſtimmen iſt indeſſen der allgemein vertretenen Anſicht, daß eine ſolche Vereinbarung nur ſo lange Gültigkeit habe, als das beiderſeitige Einverſtändnis fortdauere[33]), denn dieſe Annahme wird dem vertraglichen Charakter der Abmachung nicht gerecht. Solange eine Trennungsvereinbarung wirkſam iſt, muß ſie ſtets die Bedeutung haben, eine Scheidung aus § 1567 BGB. unmöglich zu machen, denn ein vertraglich geſtattetes Verlaſſen wird, ſelbſt dann, wenn ſich die Vereinbarung nachträglich als nichtig herausſtellen ſollte, nicht als in böslicher Abſicht geſchehen zu betrachten ſein[34]).

Nach der hier vertretenen Anſicht iſt die vertragliche zeitweiſe Aufhebung der ehelichen Gemeinſchaft ſtets für zuläſſig zu erachten, auch wenn weder ein Grund zur Scheidung, noch ein Fall des Mißbrauchs vorliegt, ſofern nur ein *berechtigtes ſittliches, ſoziales, wirtſchaftliches* oder auch ein *höher zu bewertendes perſönliches Intereſſe* ein Getrenntleben erfordert[35]). Allen derartigen Vereinbarungen wohnt jedoch, wie aus den im I. Abſchnitt dargelegten Grundſätzen folgt, die clausula rebus sic stantibus inne.

Auch andere Gebiete des ehelichen Lebens können, wie geſagt, Gegenſtand ſolcher Verträge ſein. Eine Vereinbarung, wie die oben Seite 4 genannte, wonach die Ehegatten übereinkommen, ſolange die Frau noch als Opernſängerin tätig iſt, keinen gemeinſamen Haushalt zu begründen, ſondern gemeinſam in einer Penſion zu leben, wird auch von der herrſchenden Meinung unbedenklich für zuläſſig gehalten werden. Häusliche Gemeinſchaft und Haushaltungsgemeinſchaft fallen zwar in der Regel zuſammen, aber es iſt kein unbedingtes Erfordernis der ehelichen Lebensgemeinſchaft, daß die Ehegatten auch einen eigenen Haushalt haben. Daher müſſen die Ehegatten den Verzicht auf Führung eines ſelbſtändigen Haushaltes auch vereinbaren können.

Ferner wird es als zuläſſig angeſehen werden müſſen, wenn ſich die Ehefrau, die als Handelsfrau oder als Künſtlerin tätig iſt, beſtimmte, ihren beruflichen Zwecken dienende geſonderte Räumlichkeiten vereinbarungsgemäß vorbehält. Für den Mann iſt das Recht, ſich beſondere Räume für

---

[33]) RGRK. zu § 1567 Anm. 3; RG. in JW. 1900 S. 658; 1910 S. 817; RGZ. 53, 340.
[34]) Staudinger-Engelmann zu § 1567 Anm. 2c; Breslauer S. 32.
[35]) Ähnlich RGZ. 109 S. 137.

berufliche Zwecke vorzubehalten, von jeher als ſelbſtverſtändlich angeſehen worden. Da der Mann geſetzlich der Ernährer der Familie iſt und in der Regel ſeinen Beruf außerhalb der häuslichen Gemeinſchaft ausüben wird, muß er auch ohne weiteres berechtigt ſein, die für ſeine beruflichen Zwecke, z. B. als Arzt oder Anwalt erforderlichen Räumlichkeiten getrennt von der ehelichen Wohnung zu halten, zu denen die Frau meiſt keinen Zutritt haben wird. Da nun heutzutage, wie ſchon ausgeführt, in einer großen Anzahl von Fällen die Ehefrau allein oder neben ihrem Manne berufstätig iſt, muß es auch ihr geſtattet ſein, ſich vertraglich in allen den Fällen, in denen es erforderlich iſt, das Recht auf geſonderte Berufsräume zu ſichern. In einer Entſcheidung aus dem Jahre 1901[36]) hat auch das Reichsgericht dies ausgeſprochen; es hat unter gewiſſen Umſtänden einer Ehefrau das Recht zuerkannt, ſich zuzeiten in einer von ihr gemieteten Wohnung ungeſtört vom Manne aufzuhalten und ſich dieſes Recht auch vertraglich zu ſichern, mit der Begründung, daß ja durch eine ſolche Vereinbarung die eheliche Gemeinſchaft nicht aufgehoben werde. Beſonders häufig wird die Frage nach der Berechtigung des Haltens einer geſonderten Wohnung für Berufszwecke dann auftauchen, wenn die Ehefrau Gymnaſtik- oder Sportlehrerin, Tänzerin, Malerin, Bildhauerin, Photographin, Modiſtin uſw. iſt.

Eine weitere Frage iſt es, ob die Ehegatten vertraglich ausbedingen können, der Ehemann dürfe die Sonderräume der Frau nicht betreten. Ein ſolcher Vertrag iſt m. E. unzuläſſig; hingegen muß es für zuläſſig erachtet werden, wenn die Ehegatten vereinbaren, daß der Ehemann, z. B. aus Gründen der ungeſtörten Arbeit der Ehefrau, nur zu gewiſſen Tageszeiten zu den Räumen der Ehefrau Zutritt haben ſoll.

Verträge über den Ausſchluß oder die Beſchränkung der ehelichen Pflicht (Geſchlechtsverkehr) werden im Schrifttum ſchlechthin für ſittenwidrig gehalten[37]). Tatſächlich entbinden ſich in einer nicht geringen Zahl von Fällen die Ehegatten aus beſtimmten Gründen nicht nur von der ehelichen Pflicht, ſondern auch gegenſeitig von der Pflicht zur ehelichen Treue. Die Ungültigkeit ſolcher Vereinbarungen iſt allerdings im Hinblick auf § 138 BGB. nicht zweifelhaft. Doch gibt es Fälle, in denen es als

---

[36]) RG. in JW. 1901, 781.

[37]) Staudinger-Engelmann zu § 1353 Anm. 6; Hörle S. 169; RG. in JW. 1902 S. 143 Nr. 73; Heſſ. Rechtſpr. 1900 S. 81.

durchaus zuläſſig angeſehen werden muß, einen zeitweiligen Ausſchluß des Geſchlechtsverkehrs zu vereinbaren. Man denke an die Fälle lang andauernder, anſteckender Krankheiten eines Ehegatten oder auch an andere Gefahren, die einer Ehefrau durch die Ausübung der ehelichen Pflicht erwachſen können. Auch wenn eine Vereinbarung nicht vorliegt, nimmt ja die Rechtſprechung in weitgehendſtem Maße auf ſolche tatſächlichen Umſtände Rückſicht[38]). Es iſt nicht einzuſehen, warum den Ehegatten unterſagt ſein ſoll, ſich durch Übereinkünfte gegen die hier drohenden Gefahren zu ſichern. Derartige Abmachungen können, wenn die Ehegatten ſich ſonſt gut verſtehen, gerade der Aufrechterhaltung der Ehe dienen; unter Umſtänden wird man in ihnen einen vertraglichen Verzicht auf Anfechtung oder Scheidung der Ehe aus dieſem Grunde ſehen können.

Die ſogenannte Pflicht zur geiſtigen und ſeeliſchen Gemeinſchaft, d. h. die Pflicht, für die Perſönlichkeit des Ehepartners Verſtändnis zu zeigen und auf ſeine Ziele und Beſtrebungen einzugehen, kann vertraglich nicht wegbedungen werden, da damit die ethiſche Grundlage für die eheliche Gemeinſchaft entfiele. Wohl aber iſt eine nähere Vereinbarung dahin denkbar, daß die Eheleute die Art und das Maß ihrer geiſtigen Gemeinſchaft im einzelnen ausgeſtalten, z. B. daß ſie ſich gemeinſame berufliche Tätigkeit verſprechen. Dies wird häufig auch ſchon vor Eingehung der Ehe unter Verlobten vereinbart. Sehr häufig ſind auch Vereinbarungen, nach denen ein Ehegatte mit Rückſicht auf die Tätigkeit des anderen ſich zu einer beruflichen Umſtellung oder auch einer völligen Aufgabe ſeines Berufes bereit erklärt. Oft wird durch eine ſolche berufliche Umſtellung erſt die rechte Grundlage für eine geiſtige Gemeinſchaft der Ehegatten geſchaffen. So verpflichtete ſich in der Verfaſſerin bekannten Fällen eine Schauſpielerin in ihrer Ehe mit einem Arzt, ihren Beruf aufzugeben, da die zeitliche Verſchiedenheit der Berufsausübung eine eheliche und insbeſondere auch geiſtige Gemeinſchaft zwiſchen den Ehegatten unmöglich gemacht hätte. Ein Ehemann, der Beamter war und eine Photographin geheiratet hatte, verpflichtete ſich, um die Ehegemeinſchaft vollkommen zu geſtalten, auch dieſen Beruf zu erlernen.

Eine Pflicht zur gegenſeitigen Beiſtandsleiſtung iſt im Geſetz an verſchiedenen Stellen zum Ausdruck gebracht. Für die Ehefrau ergibt ſie ſich

---

[38]) RGRK. zu § 1353 Anm. 3; RG. in JW. 1901 S. 648; RG. 11 VII 01, IV. 154/01. RG. in JW. 1907 S. 178; RG. in LZ. 1923 S. 277; OLG. Bd. 1 S. 442/443, Bd. 3 S. 245.

zum Teil aus § 1356 II. Hiernach ist die Frau verpflichtet, im Hauswesen und im Geschäft des Mannes tätig zu sein, soweit eine solche Tätigkeit nach den Verhältnissen, in denen die Ehegatten leben, üblich ist. Inwieweit hier ein vertraglicher Ausschluß oder eine vertragliche Beschränkung dieser Pflicht möglich ist, soll weiter unten im Zusammenhang erörtert werden. Auch § 1360 BGB. behandelt einen Fall der Verpflichtung zur Beistandsleistung, indem er die gegenseitige Unterhaltspflicht zwischen Mann und Frau regelt. Die Zulässigkeit vertraglicher Abmachungen auf dem Gebiete der Unterhaltspflicht soll ebenfalls weiter unten in anderem Zusammenhang behandelt werden. Hier sei nur vorweg erwähnt, daß ein völliger Ausschluß oder Verzicht auf die gegenseitige Unterhaltspflicht unter Ehegatten sowohl aus sittlichen als auch aus sozialpolitischen Gründen — der nicht unterhaltsberechtigte Ehegatte würde sonst der Fürsorge des Staates anheimfallen — unzulässig ist. Gleichermaßen sind Verträge, in denen die Ehegatten sich von jeglicher Pflicht zum gegenseitig unterstützenden Verhalten entbinden, wegen Unsittlichkeit nichtig.

III. ABSCHNITT

Vereinbarungen über das Entscheidungsrecht des Mannes.

§ 1354 Abs. 1 spricht dem Ehemann die Entscheidung in allen das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten zu. Das Entscheidungsrecht erstreckt sich auf alle Fragen, die das „gemeinschaftliche Eheleben" betreffen, nicht nur auf wichtigere Fragen des Ehelebens[1]). Ausgenommen sind nur die Sonderangelegenheiten der Ehefrau (Kleidung, Lektüre, Umgang usw.). Auch wissenschaftliche und künstlerische Betätigungen der Ehefrau gehören zu ihren Sonderangelegenheiten[2]), und ebenso muß die Führung eines Erwerbsgeschäftes durch die Ehefrau hierzu gerechnet werden[3]). Wenn das Reichsgericht und zahlreiche Vertreter im Schrifttum[4]) das letztere zu den gemeinschaftlichen Angelegenheiten der Ehegatten rechnen und deshalb dem Mann das Entscheidungsrecht zubilligen, so beruht das auf einer nicht genügend scharfen Unterscheidung. Jede persönliche Betätigung der Frau, also auch jede berufliche Tätigkeit, ist generell ihre Sonderangelegenheit. Möglich ist es natürlich, daß die Ehefrau diese ihre Sonderangelegenheit so handhabt, daß die durch die eheliche Lebensgemeinschaft für sie begründeten Pflichten vernachlässigt werden. Erst dann erlangt der Mann die Befugnis, von der Frau die Aufgabe oder Änderung der beruflichen Tätigkeit zu fordern. Hierbei handelt es sich aber nach dem Gesagten um das Recht des Mannes, die Herstellung des ehelichen Lebens zu verlangen (§ 1353) und nicht um die Ausübung des Entscheidungsrechtes[5]). Zwar können persönliche Angelegenheiten eines Ehegatten, wie z. B. die Berufstätigkeit der Frau, mittelbar die ehe-

---

[1]) So Gauß a.a.O. S. 32.

[2]) So Hörle Bürg. Arch. Bd. 31 S. 121.

[3]) So Herrnsdorf S. 23; Scriba S. 65; Neustadt S. 202; Dernburg § 34 IV; Endemann II, 2 § 170 Ziff. 5.

[4]) Staudinger-Engelmann § 1354 Anm. 3b; Planck § 1356 Anm. 11; Schmidt § 1354 Anm. 4; Kölsch S. 21; RGZ. 59, 31; u. a.

[5]) Wolff § 31 Note 19.

liche Lebensgemeinſchaft beeinträchtigen, dadurch werden ſie aber noch nicht zu gemeinſchaftlichen Angelegenheiten.

In gleicher Weiſe wie in der eben genannten Entſcheidung des Reichsgerichts[6]) über das Erwerbsgeſchäft, wird in einer andern Entſcheidung des Reichsgerichts[7]) über das Recht des Mannes, ſeiner nervenkranken Frau den Aufenthalt in einer beſtimmten Heilanſtalt vorzuſchreiben, geurteilt[8]). Dem iſt aber nicht beizutreten, denn es iſt eine höchſtperſönliche Angelegenheit eines jeden Ehegatten, die Art und Weiſe zu beſtimmen, wie er von ſeinem Leiden Heilung ſucht. Das Recht der Frau, über ihren Körper und deſſen Heilung zu beſtimmen, iſt ein Recht ihrer Eigenperſönlichkeit und ſteht deshalb ihr allein zu. Für das Entſcheidungsrecht des Mannes aus § 1354 iſt hier kein Raum. Deſſen ungeachtet iſt aber die Frau verpflichtet, eine vernünftige Heilmethode zu wählen und alle Hinderniſſe zu beſeitigen, die einer Wiederherſtellung des ehelichen Lebens im Wege ſtehen. Dieſe Pflicht obliegt ihr aus § 1353, und der Ehemann hat das Recht, gemäß dieſer Beſtimmung von der Frau die Unterwerfung unter ein vernünftiges Heilverfahren zu verlangen[9]); nicht aber kann der Ehemann eine beſtimmte Art oder einen beſtimmten Ort der Heilung vorſchreiben[10]).

Doch iſt im ganzen die Grenze zwiſchen gemeinſchaftlichen Angelegenheiten der Ehegatten und Sonderangelegenheit eines Ehegatten flüſſig. Daher muß es auch möglich ſein, daß die Ehegatten untereinander durch Vereinbarung feſtlegen, was ſie zu den gemeinſchaftlichen Angelegenheiten noch rechnen wollen und was nicht, natürlich im Rahmen des § 138 BGB., insbeſondere unter Wahrung der Entſchlußfreiheit in den höchſtperſönlichen Angelegenheiten.

Das Entſcheidungsrecht des Ehemannes iſt kein Bevormundungsrecht, denn die Frau ſteht nicht unter der Gewalt oder Vormundſchaft des Mannes. Das Entſcheidungsrecht beſagt auch nicht, daß der Mann zu befehlen und die Frau zu gehorchen habe, ſondern man iſt ſich heute darüber einig,

---

[6]) RGZ. 59, 31.
[7]) RGZ. 51, 182.
[8]) Vgl. Wolff § 31 Note 19.
[9]) Das Reichsgericht hat auch in ſpäteren Entſcheidungen dies bereits anerkannt und eine Pflicht der Frau, eine vernünftige Heilmethode zu wählen, nur auf § 1353, nicht aber auf § 1354 geſtützt. RG. 95, 332.
[10]) Ebenſo Neuſtadt S. 203.

daß das Entſcheidungsrecht des Ehemannes erſt nach fruchtlos verlaufener Beratung einſetzt, andernfalls der Ehemann bei Ausübung ſeines Rechtes mißbräuchlich handeln würde[11]). Vielfach wird das Entſcheidungsrecht als „abſolutes Recht“[12]) bezeichnet, und aus dieſer ſeiner Rechtsnatur gefolgert, daß es vertraglicher Regelung unzugänglich ſei. Dieſe Annahme iſt aber nicht gerechtfertigt. Ein abſolutes Recht iſt ein ſolches, das gegen jedermann wirkt. Es begründet die Befugnis, jeden Dritten von der Einwirkung auf dieſes Recht auszuſchließen und unberechtigte Eingriffe zu verhindern. Zu den abſoluten Rechten gehören nun zwar auch einige Familienrechte, wie die der Eltern und des Vormundes gegenüber den Kindern (elterliche Gewalt). Dieſe Rechte haben jedoch noch eine aus dem alten römiſchen Recht und dem germaniſchen Recht hergeleitete Verbindung mit dem Sachenrecht (manus, patria potestas, ius ac potestas tutoris, munt, Muntwalt)[13]). Auch heute noch wohnt der elterlichen Gewalt und dem Rechte des Vormundes trotz Milderungen und ſtärkerer Betonung des Schutzzweckes für den Minderjährigen etwas von jenem Herrſchaftscharakter inne. Dagegen hat das Verhältnis der Ehegatten zueinander mehr Ähnlichkeit mit einem Schuldverhältnis. Von einer Gewalt des einen über den andern kann nicht die Rede ſein. Die Ehegatten ſind, wie ein Schuldner zu einem Tun oder Unterlaſſen, ſich gegenſeitig zur ehelichen Lebensgemeinſchaft verpflichtet. Dieſer Charakter der ehelichen Lebensgemeinſchaft ſchließt natürlich nicht aus, daß durch die Ehe verſchiedene Rechte entſtehen, alſo auch ſolche, die ihrem Weſen nach unter die Kategorie der Herrſchaftsrechte fallen, alſo abſolute Rechte ſind. Ein ſolches gegenüber jedermann wirkendes Herrſchaftsrecht iſt z. B. das ehemännliche Nutznießungsrecht[14]). Das Entſcheidungsrecht aber iſt ein Familienrecht beſonderer Art. Seine Unveränderlichkeit kann daher nicht aus ſeiner Natur

---

[11]) Wolff § 31 V S. 107; RG. in Seuff. Arch. 78, 144 u. a.

[12]) Motive IV, 106; v. Baligand S. 24; Lehmann S. 434; Müller S. 28; RGRK. zu § 1353 Anm. 3; Schmidt S. 144; Dernburg IV S. 113; RGZ. 61, 53 und RG. in JW. 1900 S. 778 = Gruch. Bd. 15 S. 480; RG. in JW. 1908 S. 406; Recht 1901 Nr. 18; Recht 1905 Nr. 2680; Seuff. Arch. 44, 89; Bayr. ObLG. 9, 440; OLG. 1, 134; 21, 235 u. a.

[13]) So v. Tuhr Bd. 1 S. 204.

[14]) So übereinstimmend v. Tuhr Bd. 1 S. 137 Nr. 19; Wolff § 47 II; Zitelmann Bd. II S. 682 ff.

v. Tuhr betont deutlich den Unterschied zwischen den absoluten und relativen Rechten der Ehegatten gegeneinander.

als einem abſoluten Recht gefolgert werden. Auch zu den Perſönlichkeitsrechten läßt ſich das Entſcheidungsrecht nicht zählen, denn auch dieſe ſind ja nur eine beſondere Gruppe der abſoluten Rechte[15]).

Da das Entſcheidungsrecht nur die internen Beziehungen zwiſchen den Ehegatten regelt, wird es auch als Ausgleichs- oder Organiſationsrecht bezeichnet[16]). Das Entſcheidungsrecht iſt auch vergleichbar einer internen Geſchäftsführungsbefugnis eines Geſellſchafters im Geſellſchaftsrecht. Es gehört wie dieſe Befugnis zur Kategorie der ſekundären Rechte, der ſogenannten Geſtaltungsrechte oder Rechte des rechtlichen Könnens. Wie die Geſtaltungsrechte die Machtbefugnis enthalten, einen Rechtszuſtand zu begründen, abzuändern oder aufzuheben, ſo gibt das Entſcheidungsrecht dem Ehemann die Befugnis, durch ſeinen Willen in einem konkreten Fall ein beſtimmtes Verhalten als ehegemäß feſtzuſetzen und damit einen beſtimmten Rechtszuſtand herzuſtellen. Das Entſcheidungsrecht hat mit allen Geſtaltungsrechten (dem Anfechtungs-, Rücktritts-, Kündigungsrecht, der Vertretungsmacht, der Geſchäftsführungs- und Genehmigungsbefugnis) gemeinſam, daß es wie dieſe weder von einem Dritten noch von dem Vertragspartner ſelbſt verletzt werden kann, denn ſeine Geltendmachung iſt unabhängig von dem Willen des Subjektes, das durch ſie betroffen wird[17]). Ein Verſtoß ſeitens der Ehefrau gegen das Entſcheidungsrecht iſt nicht möglich, ſondern nur gegen die ſich für ſie durch die Ausübung des Entſcheidungsrechtes ergebenden ehelichen Verpflichtungen.

Wenn geſagt wird[18]), daß das Wort „abſolut" in bezug auf das ehemännliche Entſcheidungsrecht, den Motiven entnommen, nur zum Ausdruck bringen ſolle, daß es ſich im § 1354 um das Vorliegen einer zwingenden Geſetzesnorm handele, die durch Parteivereinbarung weder ausgeſchloſſen noch übertragen oder abgeändert werden könne, ſo iſt damit die Stellungnahme der überwiegenden Meinung in Schrifttum und Rechtſprechung[19]) über die Unzuläſſigkeit von Vereinbarungen über das Entſcheidungsrecht gekennzeichnet. Eine Minderheit hält nur Vereinbarungen über einen völligen Ausſchluß des Entſcheidungsrechtes für unwirkſam, hingegen auf den Einzelfall gemünzte, von § 1354 abweichende Verände-

---

[15]) z. B. das Namensrecht, das Recht am eigenen Bilde; vgl. v. Tuhr Bd. I S. 148.
[16]) Kienzle S. 20 ff. und das dort angegebene Schrifttum.
[17]) Vgl. v. Tuhr Bd. I S. 170.
[18]) Breslauer S. 37.
[19]) siehe Fußnote 12.

rungen für zuläſſig[20]). Nur wenige treten beim Vorliegen beſonderer Umſtände für die Zuläſſigkeit von Vereinbarungen über den Ausſchluß des Entſcheidungsrechtes ein[21]). Dernburg und Scriba wollen Verträge über das Entſcheidungsrecht, auch wenn ihnen die Wirkſamkeit abzuſprechen ſei, doch bei der Frage, ob der Ehemann bei Ausübung ſeines Rechtes mißbräuchlich verfährt oder nicht, verwerten[22]).

Die zwingende Natur des ehemännlichen Entſcheidungsrechtes wird bei den meiſten Schriftſtellern aus dem Weſen der Ehe gefolgert oder mit der natürlichen Vormachtſtellung des Mannes begründet[23]). Hierzu iſt zu ſagen: Das Weſen der Ehe wird, wie eingangs ausgeführt, auch im BGB. nicht definiert. Der Inhalt der vom Geſetz geforderten vollkommenen Lebensgemeinſchaft zwiſchen Mann und Frau wird erfüllt und iſt abhängig von der jeweils herrſchenden Sittenanſchauung; er integriert daher ſtändig. Wohl beruht die Vormachtſtellung des Mannes auf hiſtoriſcher Überlieferung und iſt, wie aus den Motiven hervorgeht, Beſtandteil der zur Zeit der Entſtehung des BGB. herrſchenden Sittenanſchauung geweſen. Dieſe Sittenanſchauung hat aber ſeit Beginn des Jahrhunderts eine grundlegende Wandlung erfahren. Dies kam auch im Artikel 119 der Weimarer Reichsverfaſſung zum Ausdruck: Die Ehe beruht auf der Gleichberechtigung der Geſchlechter. Wenn auch Artikel 119 RV. nur Grundſatz und im einzelnen nicht unmittelbar anzuwendendes Recht war[24]), ſo hat doch die dieſem Artikel zugrunde liegende ſittliche Anſchauung ſoweit im Volke Platz gegriffen, daß man auch heute, wo die Weimarer Reichsverfaſſung ſich durch das Ermächtigungsgeſetz vom 24. 3. 33[25]) von ſelbſt erledigt hat, ſtändig von der gleichberechtigten und gleichwertigen Genoſſenſtellung der Ehegatten ſpricht. Man kann daher jedenfalls eins nicht

---

[20]) Endemann II, 2 S. 298/299; Hörle Bürg. Arch. Bd. 31, 168/169; Scriba S. 67/68; Staudinger-Engelmann IV, 152; RG. in JW. 01, 781.

[21]) Jacobi S. 66; Matthiaß S. 574; Breslauer S. 38/40.

[22]) Dernburg § 32 II; Scriba S. 67/68.
Vgl. auch die bei Breslauer S. 38 unten angeführten Entscheidungen.

[23]) Opet-v. Blume Vorbem. 4 zum V. Titel; Staudinger-Engelmann Anm. 1 zu § 1354; Dernburg § 32 II.

[24]) Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, Art. 119 Anm. 2; Hedemann in DJZ. 1919 S. 771; Düringer in JW. 1919 S. 702; a. A. Kröger in DJZ. 1922 S. 602; hiergegen Kipp in JW. 1922, 682 u. P. Wolff in LZ. 1922 S. 704.

[25]) Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich. RGBl. Teil I S. 141.

mehr ſagen, daß das Entſcheidungsrecht des Mannes aus ſittlichen Gründen unanfechtbar, alſo zwingend ſei.

Man kommt aber mit dieſen Erwägungen allein nicht weiter. Die poſitive Regelung des § 1354 iſt eben nicht nur aus ſittlichen und hiſtoriſchen Gründen erfolgt, ſondern ſie entſpricht einem vorhandenen und auch vom Geſetzgeber erkannten Bedürfnis. Wenn bei einer Gemeinſchaft von zwei Genoſſen Meinungsverſchiedenheiten über gemeinſchaftliche Angelegenheiten entſtehen, ſo muß, wenn aus dem Widerſtreit ein einheitlicher Wille gebildet werden ſoll, die Stimme des einen den Ausſchlag geben, und das ſollte nach Anſicht des Geſetzgebers der Mann ſein[26]). Die Löſung des § 1354 iſt aber nur eine von verſchiedenen an ſich möglichen Löſungen zur Überwindung von Meinungsverſchiedenheiten, wie ſie auch die Geſellſchaft des bürgerlichen Rechtes und die Geſellſchaften des Handelsgeſetzbuches kennen. Es wäre alſo auch eine Löſung des Problems ähnlich wie bei der OHG. (§ 115, I HGB.) möglich geweſen, wonach jeder Geſellſchafter berechtigt iſt, die Geſamtheit zu vertreten, beim Widerſpruch aber nur eines Geſellſchafters die Vornahme des Geſchäftes zu unterbleiben hat. In der Praxis des ehelichen Lebens iſt es ja in der Regel auch ſo, daß beim Widerſpruch des einen Ehepartners die Vornahme des vom anderen Geplanten unterbleibt. — Das Entſcheidungsrecht des Ehemannes iſt nach dem BGB. zu einem höchſtperſönlichen Recht geſtempelt. Daraus folgt, daß das Entſcheidungsrecht nicht abdingbar iſt. Ein vertraglich vereinbartes Entſcheidungsrecht der Ehefrau anſtelle desjenigen des Ehemannes iſt hiernach wegen poſitiver Geſetzesregelung ebenſo unzuläſſig wie ein Verzicht des Ehemannes auf dieſes Recht überhaupt, ſei es für immer oder für eine beſtimmte Zeit. Auch eine Beſchränkung des Entſcheidungsrechtes auf beſtimmte gemeinſchaftliche Angelegenheiten iſt nicht möglich, denn dieſes käme einem teilweiſen Verzicht oder einer teil-

---

[26]) Fremde Länder kennen andere oder auch gar keine Bestimmungen über das Entscheidungsrecht; letzteres z. B. Schweden: Ges. über das Eherecht v. 11. 6. 1920 Kap. V §§ 1 ff.; ebenso Finnland: Ehegesetz vom 13. 7. 1929 II. Abt. 1. Kap. §§ 30 u. 31 und Ehegesetz von Sowjet-Rußland von 1926 Abt. I, Kap. 2.

Auch die deutsche Ehereform aus den Jahren 1926—1930 hat sich mit einer Neufassung des § 1354 beschäftigt. Vgl. das Gutachten des Deutschen Juristentages Berlin 1930 S. 596, Vorschlag Dronke: Die Ehegatten bestimmen über alle das gemeinschaftliche Leben betreffenden Angelegenheiten in freier Willensübereinstimmung, insbesondere über Wohnsitz, Wohnort und Wohnung . . . .

weiſen Übertragung des Entſcheidungsrechtes gleich und wäre dementſprechend genau ſo unzuläſſig wie ein Verzicht auf das Recht ſelbſt. Da das Entſcheidungsrecht bei allen gemeinſchaftlichen Angelegenheiten eingreift, iſt nur für eine vertragliche Erweiterung des Rechtes Raum, und zwar auf dem Gebiete der Sonderangelegenheiten der Ehefrau. Solche Verträge, die dem Ehemann ein Entſcheidungsrecht über eine oder mehrere Sonderangelegenheiten der Frau einräumen, ſind aber dann nichtig, wenn ſie eine den guten Sitten widerſprechende und daher unzuläſſige Beſchränkung der Perſönlichkeit der Frau darſtellen. Auch modifizierende Abreden über das ehemännliche Entſcheidungsrecht ſind in gewiſſem Umfange denkbar, nämlich ſoweit ſie über die Art und Weiſe der Ausübung Beſtimmungen treffen. Wenn beiſpielsweiſe der Mann als Künſtler in wirtſchaftlichen Dingen unbewandert iſt, ſo kann er ſich der Frau gegenüber verpflichten, vor Erledigung von vermögensrechtlichen und ſteuerrechtlichen Angelegenheiten den Rat eines ſachkundigen Dritten einzuholen. Derartige Abmachungen ſind in den verſchiedenſten Variationen bei allen das eheliche Verhältnis betreffenden Angelegenheiten zu finden; ſie binden die Vertragsparteien je nach ihrem Inhalt auf Zeit oder für die ganze Dauer der Ehe. Ein ſofort wirkendes Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde bleibt den Parteien unbenommen, ſo, wenn ein grober Rechtsmißbrauch vorliegt. Eine willkürliche Vertragsaufhebung iſt auch hier ausgeſchloſſen.

Grundſätzliche Bedenken ſind gegen die Gültigkeit der hier genannten erweiternden und modifizierenden Verträge nicht einzuwenden. Sie verſtoßen weder gegen die guten Sitten, noch ſind ſie mit dem Charakter des ehemännlichen Entſcheidungsrechtes als einem höchſtperſönlichen Geſtaltungsrecht unvereinbar. Selbſtverſtändlich kann aber der Ehemann in den Fällen nicht auf ſein Entſcheidungsrecht verzichten, wo die Entſcheidung für ihn eine Pflicht iſt.

Die Verfaſſerin hält eine Übertragung des Entſcheidungsrechtes „der Ausübung nach“ für möglich und zuläſſig, in der gleichen Weiſe wie eine Überlaſſung des Perſonenfürſorge- und Erziehungsrechtes bei Kindern zuläſſig iſt[27]). Demnach können ſich die Ehegatten dahin einigen, daß die Ausübung des Entſcheidungsrechtes für eine beſtimmte oder unbeſtimmte Zeit der Ehefrau, einem Dritten oder beiden Ehegatten gemeinſam zuſtehen ſoll. Letzteres etwa in der Weiſe, daß bei nicht erreichter gütlicher

[27]) Planck 3. Aufl. zu § 1635 Anm. 15; Staudinger-Engelmann-Keidel zu § 1634 Anm. 6; André S. 25 ff.; Kühl S. 84.

Einigung die Ausführung des Geplanten unterbleiben, oder die Entſcheidung einer dritten, unparteiiſchen Stelle, etwa dem Vormundſchaftsrichter, überlaſſen werden ſoll. Eine derartige Regelung iſt mit dem geſetzlich normierten Entſcheidungsrecht in der oben charakteriſierten Art keineswegs unvereinbar. Sie kann in beſtimmten Fällen durchaus geboten und vom ſittlichen Standpunkt aus zu rechtfertigen ſein. Man denke an Fälle, in denen der Mann eine große Auslandsreiſe unternimmt oder wegen Krankheit oder im Kriegsfall oder wegen einer zu verbüßenden Freiheitsſtrafe an der ſachgemäßen Ausübung des Entſcheidungsrechtes verhindert oder behindert iſt. Das Entſcheidungsrecht als ſolches verbleibt ihm in ſolchem Fall[28]). Praktiſch iſt die Ausübung des Entſcheidungsrechtes durch die Ehefrau oder durch einen Dritten in einem ſolchen Fall direkt eine Notwendigkeit. Warum ſoll aber nicht das durch eine bindende Einigung zwiſchen den Ehegatten geregelt werden, was ohne eine ſolche dem Zufall überlaſſen werden muß! — Wieweit die Ausübungsbefugnis der Frau bei der Überlaſſung des Entſcheidungsrechtes reicht, wird ſich natürlich nur nach Treu und Glauben beſtimmen. Zu Unrecht ſpricht m. E. das Bayriſche Oberſte Landesgericht[29]) der Ehefrau generell das Recht ab, wenn ihr ſolchermaßen die Ausübung überlaſſen iſt, bei wichtigem Grunde auch einen Wohnorts- oder Wohnungswechſel vorzunehmen. — Unbedenklich iſt m. E. auch folgende Vereinbarung: Ein Ehemann, der Schauſpieler iſt und ſich häufig auf Gaſtſpielreiſen, vielfach auch im Ausland befindet, hat ſeiner in Deutſchland wohnenden Frau ſämtliche das gemeinſchaftliche Hausweſen und die Erziehung der Kinder betreffenden Fragen zur Entſcheidung, ſowie das Beſtimmungsrecht über die Wohnung überlaſſen. Derartige Fälle, meiſt teilweiſer Überlaſſung des Entſcheidungsrechtes, finden ſich ſehr häufig. Natürlich muß die Zuläſſigkeit ſolcher Verträge grundſätzlich auf die Fälle beſchränkt bleiben, in denen der Ehemann an der Ausübung des Entſcheidungsrechtes tatſächlich verhindert iſt.

Eine beſondere Bedeutung kommt noch dem im Halbſatz 2 des § 1354 Abſ. 1 erwähnten Entſcheidungsrecht des Ehemannes über den gemeinſamen Wohnort und die eheliche Wohnung zu. Es iſt vom Geſetzgeber als ein beſonders wichtiger Fall des Entſcheidungsrechtes ausdrücklich er-

---

[28]) So herrschende Meinung; vgl. Staudinger-Engelmann Anm. 2; RGRK. Anm. 3 zu § 1354; Bayr. ObLG. 7. 12. 1900 im Recht 1905, 206 Nr. 658; Herrnsdorf S. 33; a. A. Endemann § 169 Anm. 24 S. 296.

[29]) s. wie oben Recht 1905 S. 206; Bayr. ObLG. Bd. 1, 654.

wähnt. Unabhängig von Wohnort und Wohnung ist der rein rechtliche Begriff des „Wohnsitzes" der Ehegatten. Nach § 10 BGB. teilt die Ehefrau den Wohnsitz des Ehemannes. Wohnsitz ist der Ort, der zum Mittelpunkt der Lebensinteressen einer Person gemacht wird. Die Wohnsitzbestimmung ist im öffentlichen Interesse gegeben, sie dient dem Rechtsverkehr und der Rechtssicherheit, sie ist daher zwingender Natur und jeglicher vertraglicher Vereinbarung unzugänglich. Hingegen betrifft der § 1354 Abs. 1 Satz 2 nur den tatsächlichen Aufenthalt der Ehegatten.

Die Tatsache, daß in der Regel der Mann für den Unterhalt der Familie zu sorgen hat, hat dazu geführt, auch ihm die Entscheidung über die Wahl des Wohnortes und der Wohnung zu überlassen. Ein Antrag in der 12. Kommission des Reichstages[30]) ging dahin, daß bei der Wahl des Wohnortes die Entscheidung desjenigen Ehegatten den Ausschlag geben solle, dessen berufliche Tätigkeit für die Lebensführung der Familie maßgebend sei. Dieser Antrag wurde aber abgelehnt. Die Pflicht der Ehefrau, dem Manne an den von ihm gewählten Wohnsitz, Wohnort und Wohnung zu folgen, besteht aber nur so lange, wie der Anspruch auf völlige Lebensgemeinschaft gerechtfertigt ist, die Frau also keinen Weigerungsgrund hat. Die Ehefrau ist nicht gehalten, jedem Plan des Mannes zur Änderung des Wohnortes oder der Wohnung ohne Erörterung zuzustimmen[31]). Der Ehemann muß bei seinem Entscheid auf die ihm bei Eingehung der Ehe bekannten Lebensinteressen und Lebensverhältnisse der Ehefrau Rücksicht nehmen[32]). Der Ehemann darf daher, wenn beide Teile berufstätig sind und zu dem Lebensunterhalt gemeinschaftlich beitragen, bei der Bestimmung des Wohnortes nicht einseitig vorgehen. Der Frau, die durch ihre berufliche Tätigkeit den Mann und die Familie ganz oder teilweise ernährt, muß ein weitgehender Einfluß auf die Bestimmung des Wohnortes und der Wohnung eingeräumt werden[33]). Denn wenn auch in diesem Fall das gesetzliche Wohnungsbestimmungsrecht des Mannes besteht, so würde es sich doch als Mißbrauch darstellen, wenn er den berechtigten Wünschen der Frau, bei der Wahl des Wohnortes auf ihre geschäftlichen Interessen Rücksicht zu nehmen, nicht Folge leistet[34]). Wenn der Ehemann nicht in der Lage ist, einen gemeinschaftlichen Wohnort zu begründen, z. B. weil er sich längere

[30]) Vgl. Kom.-Bericht bei Mugdan S. 12 u. 13.
[31]) RG. Urteil vom 5. 2. 1926 in Jur. Rundschau 1927 Nr. 127.
[32]) JW. 1908 S. 406 ff.
[33]) Vgl. die Ausführungen von Marianne Weber S. 428 Mitte.
[34]) Ebenso Herrnsdorf S. 26; Gauß S. 25.

Zeit auf Reiſen oder in Strafhaft befindet, ſo iſt die Frau nicht verpflichtet, einen vom Manne beſtimmten Wohnort einzunehmen[35]). Wenn auch in einem ſolchen Falle an ſich, genau wie das Entſcheidungsrecht, auch das Wohnungsbeſtimmungsrecht des Ehemannes beſtehen bleibt, ſo wird in vielen Fällen die Ausübung desſelben durch den Ehemann mißbräuchlich ſein. Mit Recht nehmen einige Schriftſteller an[36]), daß bei längerer Abweſenheit des Ehemannes oder ſonſtiger Verhinderung ſein Beſtimmungsrecht ruht, entſprechend der elterlichen Gewalt des Vaters gemäß § 1677 BGB., und die Ehefrau, entſprechend der Ausübung der elterlichen Gewalt nach § 1685 BGB., auch das Beſtimmungsrecht gemäß § 1354 Abſ. 1 Satz 2 ausüben darf.

Für Vereinbarungen über das Beſtimmungsrecht von Wohnort und Wohnung gilt dasſelbe wie für Vereinbarungen über das Entſcheidungsrecht des Mannes. Eine Übertragung und ein Verzicht ſind nicht zuläſſig. Wenn es im ehelichen Leben Fälle gibt, in denen ſowohl das Entſcheidungsrecht als auch das Wohnungsbeſtimmungsrecht tatſächlich ruht, ſo muß es auch möglich ſein, vertraglich eine Ausübungsüberlaſſung dieſer Rechte an die Frau feſtzuſetzen.

In der gerichtlichen Praxis ſind Fälle, in denen es ſich um Vereinbarungen über den Wohnort oder die Wohnung der Ehegatten handelt, nicht ſelten. Z. B. behandelt ein Urteil des Reichsgerichtes vom 21. 12. 1922[37]) folgenden Fall: Die Ehegatten hatten ſich geeinigt, daß der Ehemann zu ſeiner Frau in deren eigene Wohnung ziehen ſollte. Er tat dies dann aber nicht, verlangte vielmehr von der ihn auf Unterhalt verklagenden Ehefrau, ihm in eine von ihm gewählte Wohnung zu folgen. Das Reichsgericht entſchied, der Mann könne auf das ihm nach dem Geſetz gebührende Recht auf die Beſtimmung von Wohnort und Wohnung nicht für alle Zeiten verzichten, ein Verzicht auf dieſes Recht ſei daher unwirkſam. Verlange der Ehemann alſo, daß ſeine Frau zu ihm ziehe, ſo komme es für die Berechtigung dieſes Verlangens nur darauf an, ob hierin ein Mißbrauch des Entſcheidungs- bzw. Beſtimmungsrechtes zu finden ſei. In anderen Entſcheidungen des Reichsgerichtes[38]) wird deutlich geſagt, daß

---

[35]) Ebenso Meusezahl S. 22; Kienzle S. 17; a. M. Kölsch S. 10.

[36]) Endemann § 169 Anm. 24; Kienzle S. 31.

[37]) in LZ. 1923 S. 395; vgl. Seuff. Arch. von 1924 Nr. 85; ferner ein ähnlicher Fall des RG. im Recht 1900 S. 490.

[38]) RGZ. 109, 138; Warn. Jb. 1913 Nr. 138.

ein einer ſolchen Vereinbarung widerſprechender Entſcheid des Mannes ein Rechtsmißbrauch ſein kann[39]). — In der Praxis ſind Vereinbarungen häufig, wonach die Ehefrau vorübergehend davon befreit wird, ihrem Mann an den von ihm gewählten Wohnort zu folgen. Ein ſolcher Vertrag kommt einer Vereinbarung über vorübergehendes Getrenntleben gleich. Näheres hierüber ſoll weiter unten im Zuſammenhang mit den Vereinbarungen über den Unterhalt bei berechtigtem und unberechtigtem Getrenntleben geſagt werden.

Ein Wort noch über die geſonderte Wohnung der Ehefrau. Eine Vereinbarung über das Halten einer ſolchen Wohnung in Fällen, in denen die Ehefrau dieſe aus beruflichen Gründen benötigt, iſt, wie ſchon erwähnt, ohne weiteres zuläſſig[40]). Hierdurch wird ja das ehemännliche Entſcheidungsrecht über die Beſtimmung der gemeinſchaftlichen Wohnung in keiner Weiſe beeinträchtigt. Ein Ehemann, der eine beruflich tätige Frau heiratet, deren Tätigkeit eine geſonderte Wohnung erfordert, hat ſich, wenn er der weiteren Berufsausübung der Frau zuſtimmt, bereits ſtillſchweigend mit dem Halten von beruflichen Sonderräumen einverſtanden erklärt. Würde der Ehemann in einem ſolchen Fall der Frau das Halten der Sonderwohnung verbieten, ſo wäre dies ein Mißbrauch ſeines Rechtes. Ob der Ehefrau das Recht auf eine berufliche Sonderwohnung auch ohne Einverſtändnis mit dem Ehemann zuzubilligen iſt, kann zweifelhaft ſein. Zwar handelt es ſich hierbei um eine perſönliche Angelegenheit der Frau, doch kann auch eine ſolche Angelegenheit ſehr leicht zur gemeinſchaftlichen werden, und es kann unter Umſtänden den Grundſätzen von Treu und Glauben und einer guten Ehe widerſprechen, wenn ſich die Ehefrau eine Sonderwohnung für Berufszwecke ohne Einigung mit ihrem Manne hält. Obwohl eine Angelegenheit eine höchſtperſönliche bzw. eine Sonderangelegenheit eines Ehegatten ſein kann, muß ſich jeder Ehegatte bei der Behandlung derſelben doch ſo verhalten, daß beim Widerſtreit zwiſchen Sonderintereſſen und Gemeinſchaftsintereſſen die Sonderintereſſen zurückſtehen.

---

[39]) a.A. OLG. Braunschweig b. Soergel 1905 S. 256, wonach die Ehefrau sich auf einen Vertrag, durch den ein bestimmter Wohnsitz vereinbart wurde, nicht berufen darf.

[40]) So Hörle S. 168; Kühl S. 58; RG. in JW. 1901 S. 781 und in JW. 1908 S. 408.

IV. ABSCHNITT

Vereinbarungen über die Stellung der Frau im Hause.

A. Die Hausleitungsgewalt und die Mitarbeitspflicht der Ehefrau.

Nach § 1356 Abs. 1 BGB. hat die Ehefrau das gemeinschaftliche Hauswesen zu leiten. Doch greift auch gegenüber diesem Hausleitungsrecht das Entscheidungsrecht des Ehemannes ein. Dieses Entscheidungsrecht ist aber wie oben Seite 37 ausgeführt, auch hier an eine vorherige Beratung unter den Ehegatten gebunden. Verschiedentlich*) wird darin, daß auch in den häuslichen Angelegenheiten dem Mann nach Gesetz das Entscheidungsrecht zukommt, eine gewisse Unterschätzung der hausfraulichen Tätigkeit, die wirtschaftlich doch der des Mannes nicht nachsteht, gesehen. Wolff ist der Ansicht, daß, wenn der Mann sich in Angelegenheiten des weiblichen Wirkungskreises ein Entscheidungsrecht anmaßen wolle, dies schon als Mißbrauch seines Rechtes zu betrachten sei[1]). Eine Pflicht der Ehefrau zur Mitarbeit im Haushalt und im Geschäft des Mannes besteht nach dem Gesetz nur dann, wenn nach den Verhältnissen, in denen die Ehegatten leben, dies üblich ist. Das Gesetz geht, entgegen der sozialen Lage in Deutschland auch um 1900, noch von dem Typus der „bürgerlichen Ehe" aus, und es erscheint ihm daher die Mitarbeit der Ehefrau als Ausnahme, während sie in Wirklichkeit für die Mehrheit aller Ehen schon damals die Regel bildete. Ob aus der Pflicht der Frau zur Mitarbeit im Haushalt auch ein Anspruch oder ein Recht darauf gefolgert werden kann, ist im Schrifttum umstritten[2]). Da das Gesetz nur von einer Verpflichtung der Ehefrau spricht, ist, wie Scriba[3]) meint, ein Recht der Frau auf Mitarbeit abzulehnen. Im übrigen ist dieses Problem nur wichtig bei der Frage, ob die

*) Vgl. hierzu die Ausführungen von Marianne Weber, a.a.O. S. 425 ff.

[1]) Wolff § 31 V. S. 108 oben.

[2]) Zustimmend: Kienzle S. 36, 76, 77; Kühl S. 61. Ablehnend: Staudinger-Engelmann zu § 1356 Anm. 1b; Opet-v. Blume zu § 1356 Anm. 4b; Wieruszowski S. 11.

[3]) a.a.O. S. 73.

Ehefrau mit der Klage auf Herſtellung des ehelichen Lebens den Anſpruch auf Mitarbeit geltend machen kann.

Die Pflicht der Frau, dem Mann auf deſſen Verlangen in ſeinem Geſchäftsbetrieb Arbeit zu leiſten, beſteht nicht in dem Umfang wie die Pflicht der Mitarbeit im Hauſe. Sie iſt gegenüber der Arbeitspflicht im Haushalt nur ſubſidiär, iſt auf gewiſſe Kreiſe beſchränkt, und die Ehefrau kann ſich mit Erfolg darauf berufen, daß der Haushalt durch die Mitarbeit im Geſchäft Not leide.

Ein beſonderer Fall tritt ein, wenn die Ehegatten getrennt leben, alſo ihre häusliche Gemeinſchaft aufgeben und den Willen haben, nicht mehr dahin zurückzukehren. Dabei iſt wiederum zu unterſcheiden, ob die Trennung mit oder ohne rechtlichen Grund erfolgt iſt. Hat der Mann oder die Frau aus berechtigten Gründen die Trennung vollzogen, ſo iſt damit die häusliche Gemeinſchaft aufgehoben, und damit ſind die Rechte und Pflichten aus § 1356 erloſchen[4]). Hat der Mann die häusliche Gemeinſchaft ohne Grund aufgehoben, ſo erlöſchen für die Frau auch die Verpflichtungen aus § 1356, die ſie dem Manne gegenüber hat. Das Entſcheidungsrecht des Ehemannes muß m. E., entgegen der herrſchenden Meinung, in dieſem Fall erlöſchen, da es ſich nur auf gemeinſchaftliche Angelegenheiten bezieht, der der Ehefrau verbleibende Haushalt aber keine gemeinſchaftliche Angelegenheit der Ehegatten mehr iſt. Hat der Ehemann ſeine Frau aus dem Hauſe gewieſen, ſo verliert ſie wohl ihre Pflichten, nicht aber ihre Rechte aus § 1356.

Darüber, ob und wieweit die Ehegatten Verträge über die Hausleitungsgewalt ſowie über die Mitarbeitspflicht der Frau im Hauſe und im Geſchäfte des Mannes abſchließen können, ſind die Meinungen geteilt. Einige Schriftſteller lehnen die Möglichkeit einer vertragsmäßigen Abänderung grundſätzlich ab[5]), andere laſſen Verträge in weitem Maße zu[6]), und eine dritte Gruppe ſchließlich nimmt eine vermittelnde Stellung ein[7]). Die der

---

[4]) Staudinger-Engelmann zu § 1356 Anm. 4; Joerges S. 115 ff.; Kienzle S. 35.

[5]) So Wieruszowski I S. 2; v. Ziegenhierd S. 122/123; RGZ. 61, 50 ff.

[6]) So Matthiass S. 575; Scriba S. 74; Breslauer S. 45.

[7]) Staudinger-Engelmann zu § 1356 Anm. 7; Planck Anm. 9 zu § 1356; Endemann II 2 S. 290; Opet-v. Blume zu § 1356 Anm. 9 S. 100; Dernburg IV S. 111; Hörle S. 169; Opet führt aus: „Vertragliche Regelung des Rechtes aus § 1356 ist zulässig, soweit sie nicht eine mit der deutschen Eheauffassung unverträgliche Stellung der Ehegatten begründet."

letzteren Gruppe angehörigen Schriftſteller ſind in ihrer Mehrheit der Anſicht, daß ausſchließlich eine vertragliche Feſtſetzung der von der Frau nach § 1356 zu leiſtenden Arbeit zuläſſig ſei, alſo eine genaue Regelung des Umfanges der Hausleitungsgewalt und der Mitarbeitspflicht. Eine vertragliche Abmachung, die einen vollkommenen Verzicht des Mannes auf die Mitarbeit der Frau enthält, wird faſt allgemein abgelehnt, auch von den vermittelnden Schriftſtellern wie Opet und von Blume, Hörle u. a. Hörle hält einen ſolchen Verzicht ſogar für den guten Sitten zuwiderlaufend. Ein Vertrag, der das Hausleitungsrecht der Ehefrau und ihre Pflicht hierzu völlig ausſchließen oder abändern will, wird mit der Begründung abgelehnt, daß der Frau durch § 1356 Abſ. 1 eine Stellung geſchaffen werden ſollte, die der deutſchen Auffaſſung und Sitte entſpreche[8]). Eine Vereinbarung, die dieſes Recht einſchränken oder beſeitigen wolle, ſei daher nichtig, ſelbſt dann, wenn die Frau gegen eine dauernde Ausſchließung oder eine Beſchränkung ihres Rechtes nichts einzuwenden habe. Auch Krankheit und Arbeit der Ehefrau außerhalb des Hauſes rechtfertigen nach den Vertretern dieſer Anſicht eine vereinbarungsweiſe Aufhebung der Hausleitungsgewalt nicht. Dieſe ſoll vielmehr tatſächlich nur in ein Ruheſtadium treten, ähnlich wie es bei längerer Abweſenheit der Ehefrau von der häuslichen Gemeinſchaft der Fall iſt.

Am weiteſten geht auch in dieſer Frage bezeichnenderweiſe die Anſicht Breslauers[9]). Er hält Verträge, die nach irgendeiner Richtung von der Regelung des § 1356 abweichen, grundſätzlich für zuläſſig, weil nicht einzuſehen ſei, warum ſie den guten Sitten widerſtreiten ſollten. Das Leben ſelbſt biete ſo viele Beiſpiele von Ehen, in denen die Ehefrau ihre Hausleitungsgewalt nicht mehr ausüben könne, z. B. wenn ſie krank oder beruflich ſtark in Anſpruch genommen ſei, daß in dieſen Fällen eine von § 1356 Abſ. 1 abweichende Regelung einem gedeihlichen Zuſammenleben diene. Gleiches müſſe auch von der Mitarbeitspflicht der Ehefrau gelten.

Die Hausleitungsgewalt iſt entſprechend dem Entſcheidungsrecht des Ehemannes ein höchſtperſönliches Recht der Ehefrau. Wie das Entſcheidungsrecht für den Ehemann ſeine beherrſchende Stellung in der Gemeinſchaft begründet, ſo begründet die Hausleitungsgewalt die führende Stellung der Frau im Haushalt. Genau ſo wie bei dem Entſcheidungsrecht

---

[8]) Vgl. Opet-v. Blume in Anm. 22; Motive IV S. 107.
[9]) S. 45.

des Ehemannes feſtgeſtellt wurde, daß es wegen ſeines Charakters als höchſtperſönliches Recht weder übertragbar noch verzichtbar iſt, ſo muß auch dasſelbe für das Recht der Ehefrau nach § 1356 gelten. Jedoch iſt eine *Überlaſſung der Hausleitungsgewalt* auf einen Dritten oder auf den Ehegatten ſelbſt, für eine beſtimmte oder unbeſtimmte Zeit, in gleicher Weiſe wie eine Überlaſſung des Entſcheidungsrechtes für zuläſſig anzuſehen, natürlich unter Geltung der clausula. Das gleiche muß von einer bloß teilweiſen oder beſchränkten Überlaſſung der Hausleitungsgewalt gelten. Auch eine vertragliche Regelung unter den Ehegatten, wie das Recht der Hausleitungsgewalt ausgeübt werden ſoll, muß für zuläſſig gehalten werden[10]).

Verträge, die auf die völlige Beſeitigung der Mitarbeitspflicht der Frau im Haushalt gehen, ſind, weil gegen die guten Sitten verſtoßend, nichtig, es ſei denn, daß ein beſonders berechtigtes Intereſſe für eine ſolche Vereinbarung beſteht. Ein ſolches berechtigtes Intereſſe iſt beiſpielsweiſe in den Fällen anzuerkennen, in denen die Ehefrau durch ihre vom Manne gebilligte weitere gewerbliche oder künſtleriſche Tätigkeit voll in Anſpruch genommen wird, oder wenn ſie durch ihre außerhäusliche Tätigkeit ſo viel verdient, daß ſie damit eine ausreichende Erſatzkraft für die Hausarbeit ſtellen kann. Wenn alſo Ehegatten, auch zukünftige, vereinbaren, daß die Ehefrau weiterhin beruflich tätig und deshalb von ihrer Mitarbeitspflicht im Hauſe entbunden ſein ſoll, ſo verſtößt eine ſolche Abrede nicht gegen die guten Sitten. Es beſteht heute, wo ein großer Teil der Frauen bei Eintritt in die Ehe eine abgeſchloſſene Berufsausbildung hinter ſich hat, ein dringendes praktiſches Bedürfnis, Vereinbarungen der Ehegatten, die die Mitarbeitspflicht der Frau im Hauſe ausſchließen und ihr daher die Möglichkeit, ihren Beruf weiter auszuüben, ſichern, für bindend zu erklären. Ohne ſchutzwürdige Belange aber entbehrt ein auf Entbindung von der Mitarbeit gerichteter Vertrag der Gültigkeit.

Dasſelbe iſt zu ſagen von der Verpflichtung der Frau zur Mitarbeit im Geſchäft des Mannes. Bei Vorliegen eines berechtigten Intereſſes iſt daher auch eine Vereinbarung, die auf Entbindung der Frau von der Verpflichtung zur Mitarbeit im Geſchäft des Mannes abzielt, gültig. Auch Vereinbarungen über die Einſchränkung der Arbeitspflicht der Ehefrau ſowohl im Haushalt als auch im Geſchäft des Mannes ſind unter denſelben Ge-

---

[10]) So auch Staudinger-Engelmann zu § 1356 Anm. 7; Opet-v. Blume S. 100 zu § 1356.

ſichtspunkten für zuläſſig zu erachten, z. B. eine Vereinbarung, wonach die Ehefrau von gewiſſen körperlichen Arbeiten ſchlechthin entbunden ſein ſoll, weil geſundheitliche Schäden zu befürchten ſind, oder wonach die Mitarbeitspflicht der Frau im Geſchäft des Mannes nur inſoweit eintreten ſoll, als ihr nach eigener Berufsarbeit dafür noch Zeit bleibt. Ferner ſind alle Vereinbarungen der Ehegatten gültig, die die Art und Weiſe der von der Frau zu leiſtenden Mitarbeit näher regeln[11]). Für Vereinbarungen dieſer Art unter Ehegatten iſt das weitverbreitete und angeſehene Formularbuch von Jaſtrow[12]) von Intereſſe.

Vorwiegend im Zuſammenhang mit Beiſpielen über Gütertrennungsverträge bringt Jaſtrow folgende Beſtimmung: „Die zukünftige Ehefrau ſoll in der Verwertung ihrer Arbeitskraft volle Freiheit haben." Soweit dieſer Satz einen Ausſchluß der Mitarbeitspflicht der Frau im Hauſe oder im Geſchäft des Mannes bedeuten ſoll, kann er, wie dargelegt, nur zum Schutze beſonders berechtigter Intereſſen oder Belange für wirkſam gehalten werden. Hat z. B. ein Handwerksmeiſter eine Schneiderin geheiratet, und machen die Ehegatten vertraglich aus, daß der Frau die weitere ſelbſtändige Ausübung ihres Berufes gewährleiſtet und daß ſie nicht verpflichtet ſein ſoll, im Geſchäft des Mannes mitzuarbeiten, ſo iſt der Vertrag gültig, jedoch nur ſo lange als die tatſächlichen Verhältniſſe der Ehegatten ſich nicht weſentlich ändern. — Bei Durchſicht der Akten im Güterrechtsregiſter Berlin Mitte fand Verfaſſerin bei Gütertrennungsverträgen häufig folgende Sätze: „Der Ehemann geſtattet ſeiner Frau, ihre Kenntniſſe und ihre Arbeitskraft nach Belieben zu verwerten, Handel und Gewerbe ſowie ſonſtige nutzbringende Tätigkeit auszuüben, alles dieſes ohne ſeiner ehemännlichen Zuſtimmung zu bedürfen", oder „die Ehefrau iſt berechtigt, ihre Arbeitskraft frei zu verwerten", oder „der zukünftige Ehemann erteilt ſeiner Braut ‚ein für allemal' oder ‚unwiderruflich' die Zuſtimmung zur Eingehung von Verträgen jeglicher Art, durch welche ſie ſich zu einer von ihr in Perſon zu bewirkenden Leiſtung verpflichtet". Die meiſten Verträge dieſer Art beim Güterrechtsregiſter Berlin Mitte fanden ſich in den Akten von 1913 bis 1919. Von den im Jahre 1913 vor dem Güterrechtsregiſter geſchloſſenen ca. 2400 Eheverträgen kamen auf rund 100 Verträge durchſchnittlich 40 Verträge, in denen Beſtimmungen über das Recht der Frau auf freie Verwertung ihrer Arbeitskraft und über

---

[11]) Ebenso die Mehrheit im Schrifttum, siehe Fußnote 7.

[12]) Jastrow, Formularbuch und Notariatsrecht, Berlin 1926 13. und 14. Aufl. S. 214.

den Erlaß ihrer Mitarbeitspflicht enthalten waren (alſo rund 40%). Auch 1919 lagen die Verhältniszahlen noch ähnlich wie 1913. In den letzten Jahren allerdings ſind derartige Abmachungen in den beim Güterrechtsregiſter eingereichten Verträgen ſeltener zu finden.

Beſonderer Behandlung bedarf ihrer praktiſchen Bedeutung wegen die Frage nach einem Anſpruch der Frau auf Entgelt für ihre Mitarbeit im Geſchäft des Mannes. Nach allgemeiner Meinung[13]) ſteht ihr ein ſolcher Anſpruch nicht zu. Die Mitarbeit der Frau im ehemännlichen Geſchäft iſt unter den Vorausſetzungen des § 1356 Abſ. 2 ihre geſetzliche Pflicht und als Gegenleiſtung für die Unterhaltsgewährung durch den Mann anzuſehen. Jede Vergütung, die der Mann der Frau für die Mitarbeit in ſeinem Geſchäft gewährt, wird daher, ſoweit ſie für Arbeiten gewährt wird, die den Rahmen des Üblichen nicht überſchreiten, als Schenkung angeſehen[14]). Daher wird in einem ſolchen Falle ein Entgeltsverſprechen nur dann als gültig angeſehen, wenn es wie jedes Schenkungsverſprechen in der Form des § 518 BGB. vorgenommen wird. — Wenn die Ehefrau jedoch über das übliche Maß hinaus im Geſchäft des Mannes tätig wird, ſo iſt zu unterſcheiden: Iſt zwiſchen den Ehegatten eine Vereinbarung über die Dienſtleiſtung der Frau und ein dafür zu gewährendes Entgelt getroffen worden, ſo iſt der Ehemann auf Grund dieſes Dienſtvertrages nach § 611 BGB. der Frau zur Zahlung der vereinbarten Vergütung verpflichtet. Iſt über die Gewährung von Entgelt keine Vereinbarung erfolgt, ſo iſt m. E. auch dann der Frau eine Vergütung auf Grund des § 612 BGB. zuzuerkennen[15]). In einer freiwilligen Mehrarbeit der Frau kann allerdings auch eine Geſchäftsführung ohne Auftrag geſehen werden[16]), ſo daß die Frau in dieſem Falle nur Erſatz ihrer Aufwendungen gemäß § 683 BGB. verlangen kann. In einer Entſcheidung aus dem Jahre 1916 vertritt das Reichsgericht den Standpunkt, daß jede Vereinbarung auf Mitarbeit der Frau im Geſchäft des Mannes in den Volksſchichten, in denen eine ſolche Mitarbeit normalerweiſe nicht üblich ſei, als entgeltlich angeſehen werden müſſe[17]).

---

[13]) RGRK. zu § 1356 Anm. 5; Staudinger-Engelmann zu § 1356 Anm. 6; Planck § 1356 Anm. 7.

[14]) Opet-v. Blume zu § 1356 Anm. 5; s. auch hierzu die Ausführungen von Oertmann in DJZ. 1911 S. 125 ff.

[15]) Ebenso Staudinger-Engelmann zu § 1356 Anm. 6; Opet-v. Blume zu § 1356.

[16]) So Oertmann in DJZ. 1911 S. 125 und S. 129.

[17]) Vgl. RG. in LZ. 1916 Nr. 7.

Nach herrſchender Meinung beſteht alſo ein Lohnanſpruch der Ehefrau gegen ihren Mann immer dann, und zwar ohne beſondere vertragliche Abmachung, wenn ſie über das übliche Maß hinaus im Geſchäft des Mannes tätig wird.

Oertmann[18]) nimmt ſogar an, daß auch ein Übermaß von Arbeit im *Haushalt* einen Entgeltsanſpruch begründe. Hier wird es jedoch ſehr ſchwer halten, eine Grenze zur Beſtimmung deſſen, was Übermaß iſt, zu finden. Zudem wird man im Zweifel hier von vornherein einen Verzicht auf Entgelt ſeitens der Frau annehmen müſſen. Auch Oertmann erkennt einen ſolchen im voraus erklärten Verzicht auf einen an ſich begründeten Entgeltsanſpruch ſowohl für die Mitarbeit im Geſchäft als auch für die im Hausweſen als zuläſſig an, ſofern es ſich nicht um Fälle extremer Ausbeutung handele.

M. E. müſſen aber Vereinbarungen der Eheleute, nach denen die Ehefrau für ihre Mitarbeit im ehemännlichen Geſchäft eine Vergütung erhalten ſoll, auch dann für gültig angeſehen werden, wenn ſie nicht der Form des § 518 BGB. genügen. Mit Wolff[19]) iſt davon auszugehen, daß eine derartige Vereinbarung unter Ehegatten keinen Schenkungscharakter hat, denn für den Begriff der Schenkung iſt weſentliche Vorausſetzung, daß beide Vertragsparteien ſich darüber einig ſind, daß es ſich um eine unentgeltliche Zuwendung handelt. Inſoweit aber der Mann eine Verpflichtung der Frau zur Mitarbeit gemäß § 1356 Abſ. 2 für nicht gegeben erachtet und deshalb eine unentgeltliche Leiſtung der Frau auch nicht in Anſpruch nehmen will, liegt in der Gewährung eines Entgeltes auch keine Schenkung, ſondern eine entgeltliche Zuwendung[20]). Jedoch ſteht auch hier dem Ehemann für ſeine Entgeltszuſage ein Widerrufs- bzw. Kündigungsrecht zu, beiſpielsweiſe dann, wenn in ſeinen wirtſchaftlichen Verhältniſſen erhebliche Veränderungen eingetreten ſind.

Eine weitere Frage iſt die, ob die Ehefrau, die ſtändig im Geſchäft des Mannes mitarbeitet, an dem ſo gemeinſchaftlich erworbenen Vermögen beteiligt wird. Oertmann[21]) iſt ſchon im Jahre 1911 dafür eingetreten, daß einer in dieſer Weiſe mitarbeitenden Ehefrau ein entſprechender Anteil an dem erworbenen Vermögen gebühre. Ihm iſt das Kammergericht in einem

---

[18]) Oertmann a.a.O. S. 125 ff.
[19]) Wolff § 31 VI.
[20]) Ebenso RGZ. 64, 323 ff.
[21]) Oertmann a.a.O. S. 125 ff.

Urteil aus dem Jahre 1921[22]) gefolgt und hat der Frau einen Anteil an dem gemeinſam erworbenen Geſchäftsverdienſt zuerkannt, ohne daß eine dahingehende Abmachung zwiſchen den Ehegatten beſtanden hat: Einer Frau, die weit über den Umfang des § 1356 Abſ. 2 hinaus tätig werde, deren Erwerb falle nicht mehr dem Manne allein zu. Ohne beſondere vertragliche Abmachungen habe die Ehefrau das Recht auf einen Anteil am Verdienſt des gemeinſam geführten Geſchäftes[23]). Was hier das Kammergericht im Wege der Auslegung gefunden und aus Billigkeitsgründen ausgeſprochen hat, ſteht nicht im Geſetz; es iſt aber in vielen Abwandlungen in den Reformvorſchlägen über das eheliche Güterrecht zu finden[24])

Vereinbarungen unter Ehegatten über das gemeinſchaftlich erworbene Vermögen, das ſogenannte Zugewinſt, ſind nicht ſelten. Verfaſſerin hat eine Reihe derartiger Verträge ebenfalls bei den Akten des Güterrechtsregiſters Berlin Mitte gefunden.

B. Die Schlüſſelgewalt der Ehefrau.

Im Schrifttum findet man ganz überwiegend die Meinung vertreten, daß Verträge, die den Umfang der Schlüſſelgewalt näher regeln, zuläſſig ſind, daß die Ehegatten alſo die von der Frau zu tätigenden Geſchäfte im einzelnen näher beſtimmen, oder daß ſie einen Geldbetrag ausmachen können, bis zu deſſen Höhe die Frau Geſchäfte vornehmen darf[25]). Jedoch halten Planck, Wieruszowſki und andere[26]) jede vertragliche Vereinbarung, insbeſondere auch einen Verzicht eines Ehegatten auf die ihm nach § 1357 BGB. gewährten Rechte für nichtig, und zwar mit der Begründung, daß es ſich bei der Regelung der Schlüſſelgewalt und des ehemännlichen Entziehungsrechtes um abſolute und zwingende Rechte handele. — Nur ſehr

---

[22]) KG. in JW. 1921 S. 635.

[23]) Ebenso RGSt. 52, 280.

[24]) Vgl. die Verhandlungen des 36. deutschen Juristentages (Lübeck) 1936, Gutachten von OLG.-Präsident Dr. Ernst Dronke und Dr. Emmy Rebstein-Metzger. In Ungarn hat die im Geschäft des Mannes mitarbeitende Ehefrau bereits nach dem Gesetz ein Recht auf einen Anteil an dem gemeinsam erworbenen Vermögen (Frauenkorrespondenz vom 27. 12. 28).

[25]) So Opet-v. Blume § 1357 Anm. 7; Staudinger-Engelmann Anm. 7; Schmidt Anm. 6b; Dernburg § 33 Anm. 12 u. a.

[26]) Planck zu § 1357 Anm. 17; Wieruszowski S. 36 u. 67 N. 40; Ostern S. 9 u. 65; Stern S. 65; Köppke § 2 Anm. 2; v. Ziegenhierd S. 122/123; Kienzle S. 94; Richter S. 4; vgl. auch RGZ. 61, 53.

wenige Schriftſteller laſſen einen vertraglichen Ausſchluß der Schlüſſelgewalt zu[27]). — Eine vertragsmäßige Erweiterung der Schlüſſelgewalt wird allgemein für unzuläſſig gehalten[28]). Es kann ſich dabei auch nur um eine Vertretungsbefugnis der Frau in Angelegenheiten des Mannes handeln, die jenſeits des häuslichen Wirkungskreiſes liegen.

Bei der Schlüſſelgewalt der Ehefrau iſt zwiſchen einem Innen- und Außenverhältnis zu unterſcheiden. Im Innenverhältnis liegt eine Geſchäftsführungsbefugnis vor, im Außenverhältnis eine Vertretungsbefugnis der Ehefrau, mit Dritten Geſchäfte im Rahmen des häuslichen Wirkungskreiſes abzuſchließen und den Ehemann zu verpflichten. Da es ſich um ein geſetzliches Geſchäftsführungs- und Vertretungsrecht der Ehefrau handelt, iſt es vom Willen des Mannes in ſeiner Entſtehung unabhängig, es fällt der Ehefrau mit dem Abſchluß der Ehe zu, und es fällt mit der Auflöſung der Ehe fort. Während der Dauer der Ehe kann nur die Ehefrau Inhaberin der Schlüſſelgewalt ſein. Die Schlüſſelgewalt iſt als ein geſetzliches, höchſtperſönliches Recht der Ehefrau nicht übertragbar. Daß aber der § 1357 darüber hinaus zwingendes Recht enthält, kann nicht anerkannt werden. Vielmehr iſt § 1357 der rechtsgeſchäftlichen Ausgeſtaltung unter Ehegatten in weitem Maße zugänglich. Richtig iſt an der Anſicht derer, die annehmen, daß eine rechtsgeſchäftliche Ausgeſtaltung der Schlüſſelgewalt unzuläſſig ſei, nur ſoviel, daß dahingehende Vereinbarungen der Ehegatten im Außenverhältnis keine Bedeutung haben. Ein Vertrag, durch den die Ehegatten den Umfang der Schlüſſelgewalt näher regeln, beiſpielsweiſe feſtſetzen, daß die Frau den Mann nur für beſtimmte Geſchäfte oder bis zur Höhe eines beſtimmten Geldbetrages vertreten können ſoll, muß ſchon deshalb zuläſſig ſein, weil die Vertretungsbefugnis der Frau vom Manne jederzeit ſchon nach dem Geſetz widerrufen werden kann (§ 1357 Abſ. 2 S. 1). Iſt aber eine derartige einſeitige Beſchränkung der Schlüſſelgewalt zuläſſig, ſo muß es eine durch Vereinbarung der Ehegatten erfolgende Beſchränkung erſt recht ſein, denn dieſer Weg entſpricht dem Weſen der Ehe und den unter Ehegatten zu fordernden guten Sitten viel mehr als die einſeitige Entziehung.

Der Umfang der Schlüſſelgewalt der Ehefrau wird durch die beſonderen perſönlichen Verhältniſſe beſtimmt, in denen die Ehegatten leben.

---

[27]) So Breit in DJZ. 1907 S. 779; Breslauer S. 47; Rothe S. 11 u. 40; Siegel S. 40.
[28]) Anderer Ansicht ist nur Seeler: Glossen zur Praxis des Reichsgerichtes. 1908. S. 86 ff.

Wenn auch beſtimmte Gattungen von Geſchäften als für den häuslichen Wirkungskreis typiſch anzuſehen ſind, ſo beſtimmt ſich doch im einzelnen der Kreis der von der Frau vorzunehmenden Geſchäfte nach der tatſächlichen Lebenshaltung der Ehegatten. Schon auf dieſe Weiſe haben die Ehegatten mittelbar entſcheidenden Einfluß auf den Umfang der Schlüſſelgewalt. Geſtaltet ſich rein tatſächlich der Umfang der Schlüſſelgewalt für jede Ehe verſchieden, ſo muß es auch zuläſſig ſein, den Kreis der durch die Ehefrau im Rahmen der Schlüſſelgewalt vorzunehmenden Geſchäfte im einzelnen durch ausdrückliche Vereinbarung feſtzulegen. Die Ehegatten können demnach im Innenverhältnis den Kreis der Geſchäfte ſowohl wirkſam erweitern als ihn auch beſchränken. Die Erkenntnis, daß die Schlüſſelgewalt ein ſogenanntes höchſtperſönliches Recht der Ehefrau iſt, ſteht dem keineswegs entgegen. Die höchſtperſönliche Natur eines Rechtes macht dieſes weder unbeſchränkbar noch unverzichtbar, lediglich unübertragbar. Das Recht der Schlüſſelgewalt iſt, obwohl es wie das Entſcheidungsrecht des Ehemannes ein höchſtperſönliches Recht iſt, doch ſehr verſchieden von dieſem, denn die Schlüſſelgewalt kann teilweiſe oder ganz durch das Recht des Mannes auf Beſchränkung und Entziehung untergehen, während das ehemännliche Entſcheidungsrecht während der Dauer der Ehe beſtehen bleibt, nur — wie ausgeführt — in gewiſſen Fällen ruht und bei mißbräuchlicher Ausübung im Einzelfall der Wirkſamkeit entbehrt. Das Entziehungsrecht des Ehemannes nach § 1357 Abſ. 2 iſt ein Ausfluß ſeines Entſcheidungsrechtes. Die Schlüſſelgewalt aber, die in ihrem Weſen nur eine geſetzliche Vertretungsbefugnis der Frau für den Mann darſtellt, iſt in ihrem Beſtand vom Mannesrecht abhängig. Schon daraus ergibt ſich die weit ſchwächere Kraft der Schlüſſelgewalt im Vergleich zum Entſcheidungsrecht. Dieſe Verſchiedenheit beider Rechte läßt den Schluß zu, daß — obwohl beide höchſtperſönlicher Natur ſind — die Schlüſſelgewalt im Gegenſatz zum Entſcheidungsrecht vertraglicher Ausgeſtaltung und Abänderung in weitem Maße zugänglich iſt.

In gleicher Weiſe wie die Regelung des Umfanges der Schlüſſelgewalt durch Abmachungen und Vereinbarungen der Ehegatten erfolgen kann, muß auch ein völliger Ausſchluß der Schlüſſelgewalt durch Vereinbarung zuläſſig ſein. Opet, Dernburg, Schmidt u. a.[29]) halten eine vertragsmäßige

---

[29]) Opet-v. Blume zu § 1357 Bem. 7; Dernburg § 33 Anm. 12; Schmidt zu § 1357 Bem. 6b.

Regelung des Umfanges der Schlüſſelgewalt für zuläſſig, alſo auch eine Beſchränkung, hingegen nicht den völligen Ausſchluß der Schlüſſelgewalt. M. E. iſt in gleicher Weiſe wie bei der Möglichkeit der Beſchränkung zu argumentieren: Wenn die Schlüſſelgewalt durch einſeitige Erklärung des Ehemannes aufhören, wenn ſie der Ehefrau gegen ihren Willen entzogen werden kann, warum ſollen nicht die Ehegatten auf übereinſtimmenden Willen hin die Schlüſſelgewalt aufheben können![30]) Wie der vertraglichen Beſchränkung der Schlüſſelgewalt keine zwingenden Normen ſittlicher oder rechtspolitiſcher Art entgegenſtehen, ſo auch nicht der vertraglichen Aufhebung der geſamten Schlüſſelgewalt. Ein Vertrag auf Ausſchluß der Schlüſſelgewalt enthält gleichzeitig eine Verzichtserklärung der Ehefrau auf ihr Recht nach § 1357 BGB. Doch läßt ſich nicht ſagen, daß ein Vertrag überflüſſig ſei, weil durch einſeitigen Verzicht der Ehefrau auf die Schlüſſelgewalt dasſelbe Ziel erreicht werden könne. Tatſächlich kann die Ehefrau gar nicht einſeitig auf die Schlüſſelgewalt verzichten, weil nämlich der Ehemann auf Grund der ehelichen Lebensgemeinſchaft auch einen Anſpruch auf das Tätigwerden der Frau im Rahmen des § 1357 BGB. hat. Es beſteht alſo gleichzeitig eine entſprechende Verpflichtung der Ehefrau auf Tätigwerden, auf die ſie nicht einſeitig verzichten kann. Daraus folgt, daß der Ausſchluß der Schlüſſelgewalt, abgeſehen von der Entziehung durch den Ehemann, ſtets nur durch Vereinbarung zwiſchen den Ehegatten, nicht aber durch einſeitige Verzichtserklärung der Frau erfolgen kann.

Eine Vereinbarung, nach der die Frau berechtigt ſein ſoll, die Schlüſſelgewalt irgendeinem Dritten oder einer beſtimmten Perſon zu übertragen, iſt nach dem Geſagten unzuläſſig, denn die Schlüſſelgewalt iſt ein Recht, das durch jahrhundertelange Tradition mit der Stellung der deutſchen Frau als Hausfrau verbunden iſt. Es iſt alſo ihr höchſtperſönliches, unübertragbares Recht. Eine andere Frage iſt die, ob die Ehefrau auf Grund ihrer Schlüſſelgewalt befugt iſt, dritte Perſonen zur Wahrnehmung von Geſchäften des häuslichen Wirkungskreiſes unterzubevollmächtigen. Das wird grundſätzlich zu bejahen ſein, ſoweit es ſich nicht um erhebliche, die perſönlichen Belange des Mannes berührende Angelegenheiten handelt. Führt bei längerer Abweſenheit der Ehefrau eine dritte Perſon den Haus-

---

[30]) So auch Schmitt S. 12; Richter S. 49; Breit in DJZ. 1907 S. 779; Breslauer S. 44 ff.; Siegel S. 44; Rothe S. 11 u. 40.

halt, ſo würde man hierin eine Generalvollmacht ſehen können, die aber auch ſtets nur mit Zuſtimmung des Ehemannes erteilt werden darf.

Angeſichts der Möglichkeit der einſeitigen Entziehung oder Beſchränkung der Schlüſſelgewalt durch den Ehemann erhebt ſich die Frage, welche grundſätzliche Bedeutung einem Vertrag über die Schlüſſelgewalt zukommt. Dieſe Bedeutung zeigt ſich in mannigfacher Beziehung. Zunächſt gilt wieder — wie ſchon geſagt —, daß es weit ſittlicher und dem Weſen der ehelichen Lebensgemeinſchaft entſprechender iſt, wenn der Ausſchluß oder die Beſchränkung der Schlüſſelgewalt durch Vertrag anſtatt durch einſeitige Entziehung erfolgt. Sodann iſt in ſolchen Verträgen über die Beſchränkung oder den Ausſchluß der Schlüſſelgewalt eine Sicherung des Mannes dagegen zu ſehen, daß die Ehefrau gemäß § 1357 Abſ. 2 S. 2 gegen ihn bei Beſchränkung oder Entziehung vorgeht. Die vertragliche Abmachung ſchließt in der Regel auch aus, daß die Beſchränkung der Rechte der Frau als mißbräuchlich erſcheint. Ferner wird die Ehefrau durch einen Vertrag dagegen geſichert ſein, daß ihr der Ehemann einſeitig noch weitere Rechte nimmt, denn jede ſpätere, über den Vertrag hinausgehende Beſchränkung durch den Ehemann würde ein Mißbrauch ſein, es ſei denn, daß beſondere, nachträglich hervorgetretene Umſtände eine weitere Beſchränkung rechtfertigen. Wie der Ausſchluß der Pflicht zur Mitarbeit wird ein vertraglicher Ausſchluß der Schlüſſelgewalt für die Frau dann von beſonderer Bedeutung ſein, wenn ſie einen Beruf ausübt und entſprechend ihrer ſelbſtändigen Stellung im Leben bei Geſchäften des täglichen Lebens nicht den Mann, ſondern ſich verpflichten will.

Ein Ausſchluß des Entziehungsrechtes des Ehemannes iſt nach herrſchender Meinung grundſätzlich unzuläſſig[31]), da das Entziehungsrecht Ausfluß des ehemännlichen Entſcheidungsrechtes und daher wie dieſes unverzichtbar iſt. Es iſt ein geſetzlich verbrieftes Widerrufsrecht der geſetzlichen Vertretungsbefugnis der Frau. Die Macht der Frau, den Mann zu verpflichten, geht ſo weit, daß dem Manne in jedem Falle eine Sicherung gegen Mißbrauch ſeitens der Frau im Intereſſe ſeiner wirtſchaftlichen und perſönlichen Freiheit bleiben muß. — Im Gegenſatz zur herrſchenden Meinung vertritt Breslauer[32]) die Anſicht, daß ein Vertrag der gedachten

---

[31]) Staudinger-Engelmann zu § 1357 Anm. 7; Planck Anm. 17; Wieruszowski S. 36 u. 47 N. 40.

[32]) S. 51.

Art unter beſtimmten Umſtänden doch zuzulaſſen ſei, ſo beiſpielsweiſe dann, wenn der Mann der Frau trotz Fehlens eines begründeten Mißbrauchverdachtes, mehrere Male hintereinander die Schlüſſelgewalt entzogen habe und ſein Verſprechen, Ruhe zu geben, rechtlich ſichergeſtellt werden ſolle. Auch Breslauer ſpricht aber einem ſolchen Vertrag ſtets nur Wirkſamkeit „rebus sic stantibus“ zu.

V. ABSCHNITT

Vereinbarungen über die Berufstätigkeit der Frau.

A. Die unſelbſtändige berufliche Tätigkeit der Ehefrau und das ehemännliche Kündigungsrecht.

Bei der Berufstätigkeit der Ehefrau iſt zu unterſcheiden zwiſchen ſelbſtändiger und unſelbſtändiger beruflicher Arbeit. Eine ſelbſtändige berufliche Tätigkeit liegt vor, wenn die Ehefrau ein eigenes Erwerbsgeſchäft betreibt, eine unſelbſtändige Tätigkeit iſt dann gegeben, wenn ſich die Ehefrau Dritten gegenüber zu Leiſtungen verpflichtet, die von ihr in Perſon zu erbringen ſind. Verpflichtungsgründe für derartige Leiſtungen perſönlicher Art können ſein ein Dienſtvertrag, ein Auftrag, ein Geſellſchaftsvertrag, kurzum jede Vertragsform, bei der der Ehefrau keine Subſtitution geſtattet iſt. Zur Eingehung von Verträgen dieſer Art bedarf die Ehefrau im Gegenſatz zu den Rechten früherer Zeit nicht der Zuſtimmung des Ehemannes, ſie kann ſich vielmehr ſelbſtändig zu Leiſtungen perſönlicher Art verpflichten. Das Entſcheidungsrecht des Ehemannes greift nicht ein, wenn ſich die Ehefrau beruflich betätigen will, denn die Berufsausübung gehört, wie oben Seite 36 ausgeführt, zu ihren Sonderangelegenheiten. Daher iſt das dem Ehemann in § 1358 gegebene Kündigungsrecht auch kein Ausfluß des ehemännlichen Entſcheidungsrechtes, denn dieſes greift ja nur bei gemeinſchaftlichen Angelegenheiten ein. Das Kündigungsrecht iſt vielmehr ein aus § 1353 fließendes höchſtperſönliches Geſtaltungsrecht des Ehemannes, es iſt nicht übertragbar und kann nicht durch einen Vertreter ausgeübt werden[1]).

Das Kündigungsrecht nach § 1358 iſt für den Ehemann ein wirkſameres geſetzliches Mittel als die Klage auf Herſtellung des ehelichen Lebens, um

---

[1]) Vgl. Staudinger-Engelmann Bem. 8, Planck Bem. 7, Opet-v. Blume Bem. 5 zu § 1358; Gauß S. 48.

eine mißbräuchliche Rechtsausübung seitens der Frau zu verhindern. Da das Kündigungsrecht gesetzlich von der Ermächtigung durch den Vormundschaftsrichter — der wiederum vor seinem Entscheid die Ehefrau anzuhören hat[2]) — abhängig gemacht ist, ist auch der Ehefrau eine Garantie dafür gegeben, daß der Ehemann nicht willkürlich kündigt, sondern nur dann, wenn gemeinsame wesentliche Belange durch die von der Ehefrau eingegangenen Verpflichtungen beeinträchtigt werden. Wie sehr das Kündigungsrecht abhängig ist von den Belangen der ehelichen und häuslichen Gemeinschaft, ergibt sich auch daraus, daß es ausgeschlossen ist, solange die häusliche Gemeinschaft aufgehoben ist, die Ehegatten also getrennt leben. Es greift auch nur gegenüber Verpflichtungen der Ehefrau, die dem Privatrecht angehören, Platz, nicht aber bei solchen des öffentlichen Rechtes[3]). § 1358 bringt so deutlich wie fast keine andere gesetzliche Bestimmung über die persönlichen Rechtsbeziehungen der Ehegatten den Grundsatz der Überordnung der Interessen der Ehegemeinschaft über die Sonderinteressen der Ehegatten, hier der Ehefrau, zum Ausdruck. Außerdem schützt er das Interesse des Ehemannes an der Erfüllung der der Ehefrau nach § 1356 zustehenden Verpflichtungen.

Eine Ehefrau, die sich zu Leistungen persönlicher Art einem Dritten verpflichten will, tut gut daran, wenn sie sich die vorherige Zustimmung des Ehemannes zu ihrer Tätigkeit sichert, denn gemäß § 1358 Abs. 2 ist das Kündigungsrecht ausgeschlossen, wenn der Ehemann der Verpflichtung der Frau zugestimmt hat oder seine Zustimmung auf Antrag der Frau durch das Vormundschaftsgericht ersetzt worden ist. Deshalb sind auch Vereinbarungen der Ehegatten über die ihnen nach § 1358 zustehenden beiderseitigen Befugnisse für jede Ehefrau, die auch während der Ehe beruflich tätig sein will, zweckmäßig. Vereinbarungen der Ehegatten über § 1358 können einmal solche sein, die das ehemännliche Kündigungsrecht auf bestimmte oder unbestimmte Zeit ausschließen[4]), und zwar entweder für alle Geschäfte, zu denen sich die Frau zu einer von ihr in Person zu bewirkenden Leistung verpflichten kann, oder für eine bestimmte Gruppe von Geschäften, oder für einen Einzelfall, gleichgültig ob derselbe schon

---

[2]) Staudinger-Engelmann zu § 1358 Anm. 2d; Endemann § 170 Anm. 48; Wieruszowski S. 26; Lilienthal S. 25.

[3]) Hörle Bürg. Arch. Bd. 31 S. 149; Staudinger-Engelmann Bem. 2a E zu § 1358.

[4]) Marchtaler S. 132 spricht solchenfalls von Vereinbarungen über ein zeitlich begrenztes, ruhendes Kündigungsrecht.

beſtimmt oder nur in Ausſicht genommen iſt. Ein ſolcher vertraglicher Ausſchluß des Kündigungsrechtes kommt materiell einer generellen Zuſtimmung des Mannes zu allen oder zu beſtimmten von der Frau abgeſchloſſenen perſönlichen Leiſtungsverpflichtungen gleich. Da, wie geſagt, die Ehefrau nach geltendem Recht ſich zu allen Leiſtungen perſönlicher Art verpflichten kann, hat die einmal erteilte Zuſtimmung des Mannes ihre Bedeutung nur in dem Ausſchluß des Kündigungsrechtes. Derartige Vereinbarungen haben meiſtens folgende Faſſung: Der Ehemann erteilt ſeine Zuſtimmung zu jeder von der Ehefrau in Perſon auszuübenden Tätigkeit.

Von der weitaus größten Mehrzahl der Schriftſteller[5]) wird § 1358 BGB. auch als zwingendes Recht angeſehen, und daher ein allgemeiner Verzicht des Mannes auf ſein Kündigungsrecht ſowie ein Verzicht der Ehefrau auf die ihr zuſtehende Zuſtimmungserſetzungsbefugnis für nichtig angeſehen. *Für* die Zuläſſigkeit eines allgemeinen Verzichtes ſprechen ſich Müller und Breslauer aus[6]). Andere halten es wenigſtens für zuläſſig, daß der Mann für eine beſtimmte Gruppe von Verpflichtungen der Frau oder für eine einzelne Verpflichtung auf ſein Kündigungsrecht verzichtet. Dieſes iſt der Standpunkt der heute herrſchenden Meinung[7]). Einige weitere Schriftſteller halten ſolche Vereinbarungen auch dann für wirkſam, wenn ſie vor Abſchluß der Ehe getroffen ſind[8]).

Für die Zuläſſigkeit eines Vertrages über den Ausſchluß des Kündigungsrechtes für den Einzelfall wird angeführt, es beſtehe kein weſentlicher Unterſchied zwiſchen der nach Abſ. 2 des § 1358 vom Ehemann vorher erteilten Zuſtimmung zu einer perſönlichen Leiſtungsverpflichtung der Ehefrau und einer vertraglichen Bindung gegenüber der Frau, vom Kündigungsrecht keinen Gebrauch zu machen, denn nach Erteilung der Zuſtimmung ſei ja das Kündigungsrecht des Ehemannes grundſätzlich ausgeſchloſſen. Dieſer Beweisführung iſt zuzuſtimmen. Kienzle[9]) rechtfertigt

---

[5]) Staudinger-Engelmann zu § 1358 Anm. 10; Planck Bem. 12; Goldmann-Lilienthal zu § 1358 N. 38; Endemann S. 42 ff.; Lilienthal S. 35; Eichner S. 32; Schliephake S. 13.

[6]) G. Müller in Seuff. Bl. Bd. 66, 3; Breslauer S. 53 oben; ähnlich Scriba S. 86 ff.

[7]) Staudinger-Engelmann Anm. 10; Opet Anm. 8; Planck Anm. 12; Matthiaß S. 568 Anm. 3; Lehmann, Edgar S. 45 ff. Ehrlich S. 183; Scriba S. 88; Hörle S. 170.

[8]) Wulfert Abh. a. d. Familienr. Sächs. Arch. Bd. 10 S. 15 ff.; Eichner S. 28/29; Schliephake S. 54; vgl. auch RG. in JW. 1901/578 u. bei Gruch. Bd. 54/934.

[9]) S. 94.

darüber hinaus die Zuläſſigkeit derartiger Vereinbarungen mit der Begründung, daß eine Gefahr für den Ehemann darin deshalb nicht zu erblicken ſei, weil die Vereinbarung der Ehegatten hinfällig werde, wenn die Ehegemeinſchaft durch die Tätigkeit der Frau Not leide; alsdann würde das Kündigungsrecht des Ehemannes wiederaufleben. Kienzle nimmt demnach ſtillſchweigend auch an, daß in einem ſolchen Vertrag die clausula rebus sic stantibus enthalten iſt. Wie ſchon im erſten Abſchnitt ausgeführt, iſt die clausula oder ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde kraft objektiven Rechtes in allen Verträgen zwiſchen Ehegatten zur Regelung ihrer perſönlichen Beziehungen enthalten.

Wenn der Ehemann ſeine Zuſtimmung zu einem beſtimmten Rechtsgeſchäft oder einer Gruppe von Rechtsgeſchäften erteilt hat, ſo wird faſt von dem geſamten Schrifttum[10]) dieſe Zuſtimmung als bindend für die ganze Dauer des Vertragsverhältniſſes zwiſchen der Frau und dem Dritten angeſehen, ſelbſt wenn ſpäter Umſtände eintreten, welche die Tätigkeit der Frau als unvereinbar mit ihren ehelichen Pflichten erſcheinen laſſen, ſo z. B. wenn Kinder geboren werden. Dieſer Anſicht liegt eine richtige Erwägung zugrunde. Die Zuſtimmung des Mannes zur Eingehung von Dienſtverpflichtungen der Ehefrau erzeugt Rechtswirkungen nicht nur im Verhältnis der Ehegatten zueinander, ſondern auch im Verhältnis zum Dritten, mit dem die Frau abſchließt. Da das Rechtsverhältnis der Ehegatten zu dem Dritten nicht familienrechtlicher Art iſt, iſt hier für die Annahme der clausula kein Raum. Der Dritte muß ein für allemal durch die Zuſtimmung des Mannes die Gewißheit haben, daß ihm von dieſer Seite kein Kündigungsrecht droht. Der Frau verbleibt dem Dritten gegenüber nach allgemeinen Vorſchriften nur ein außerordentliches Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde, wenn Umſtände eintreten, die einen ſolchen Grund abzugeben vermögen. Dieſe im Intereſſe und zum Schutze des Dritten gebotene Folgerung kann aber nicht hindern, daß der Ehemann bei weſentlich veränderten Umſtänden im Innenverhältnis die einmal erteilte Zuſtimmung widerrufen kann. Praktiſch bedeutet das: Wenn durch die einmal erteilte Zuſtimmung des Mannes das auch gegenüber dem Dritten wirkende Kündigungsrecht ausgeſchloſſen iſt, ſo kann der Ehemann doch bei weſentlich veränderten Umſtänden von ſeiner Frau verlangen, daß ſie zum nächſtzuläſſigen Termin

---

[10]) Staudinger-Engelmann zu § 1358 Anm. 5a; Planck Anm. 12; Opet u. v. Blume Bem. 7b u. 8; Schmidt Bem. 5a; Wolff § 31 VI; a.A. Eichner S. 29; Wieruszowski S. 31 Anm. 33.

das Rechtsverhältnis mit dem Dritten kündige. In einem ſolchen Falle kann der Ehemann auch im Wege der Klage auf Herſtellung des ehelichen Lebens ſein Verlangen durchſetzen, ohne daß ſein Verlangen ſich als Mißbrauch darſtellen wird. Will der Ehemann, daß ihm auch dem Dritten gegenüber das Kündigungsrecht bei weſentlich veränderten Umſtänden zuſtehen ſoll, ſo muß er ſeine Zuſtimmung befriſtet oder auflöſend bedingt erteilen[11]).

Es iſt nun nicht einzuſehen, warum nicht auch eine Vereinbarung unter Ehegatten über einen generellen Ausſchluß des Kündigungsrechtes zuläſſig ſein ſollte. Ein teilweiſer Ausſchluß des Kündigungsrechtes liegt, wie geſagt, ſchon in der Zuſtimmung des Mannes zu einem beſtimmten Arbeitsverhältnis der Ehefrau. Es macht aber rechtlich keinen Unterſchied aus, ob der Ehemann zuſtimmt, wenn ſich die Ehefrau beiſpielsweiſe als Hauslehrerin bei der Familie A verpflichtet, oder ob er zuſtimmt, wenn ſich die Ehefrau bei irgendeiner Familie eine Hauslehrerinnenſtelle verſchaffen will, oder ob er ihr die Zuſtimmung zu allen Verpflichtungen für Dienſtleiſtungen höherer Art erteilt. Dieſe verſchiedenen Möglichkeiten der Zuſtimmung ſind nur graduell verſchieden. Seines Kündigungsrechtes hat ſich der Mann in jedem Falle begeben. Selbſt ein genereller Ausſchluß des Kündigungsrechtes iſt hiernach möglich und m. E. für zuläſſig zu halten. Wie bereits ausgeführt, entſpringt das ehemännliche Kündigungsrecht nicht dem Entſcheidungsrecht des § 1354, ſondern es wurzelt in der Verpflichtung der Ehegatten zur Lebens- und Hausgemeinſchaft (§ 1353). Es ſoll der Herſtellung der vom Geſetzgeber als natürlich angeſehenen Ordnung, wonach die Frau den Haushalt zu führen hat, dienen. Aus dieſem Grunde iſt es auch erklärlich, daß der Ehefrau im Verhältnis zum Ehemann ein entſprechendes Kündigungsrecht nicht zuſteht. Da der Mann nach dem Geſetz für den ehelichen Unterhalt zu ſorgen hat, ſoll er auch in der Wahl und Ausübung ſeiner Berufstätigkeit vollkommen frei und nicht durch ein Kündigungsrecht der Frau behindert ſein. Wenn im Schrifttum faſt durchweg die Meinung vertreten wird, das Kündigungsrecht habe ſeine Wurzeln im § 1354, und deshalb ſei ein Ausſchluß oder eine Beſchränkung desſelben unzuläſſig, ſo iſt es inkonſequent, Vereinbarungen zuzulaſſen, durch welche das Kündigungsrecht für einen Einzelfall oder für eine beſtimmte Gruppe von Verträgen im voraus ausgeſchloſſen wird.

---

[11]) Staudinger-Engelmann § 1358 Anm. 5a; Opet u. v. Blume S. 105 Bem. 7b; Lehmann S. 46; Eichner S. 29/30.

Wenn man hingegen das Kündigungsrecht als aus § 1353 fließend anerkennt, ſo entfällt das Argument, daß ein Ausſchluß desſelben gegen zwingendes Recht verſtoße. Selbſtverſtändlich gilt für eine Vereinbarung über den generellen Ausſchluß des Kündigungsrechtes auch der Satz, daß beim Vorliegen eines berechtigten Grundes, bei weſentlicher Veränderung der ehelichen Verhältniſſe die vertragliche Bindung entfällt und der Ehemann alsdann verlangen kann, daß die Frau ihre eingegangenen Verpflichtungen löſe.

Es ſei noch kurz erwähnt, daß die im vorigen Abſchnitt aus dem Güterrechtsregiſter Berlin Mitte wiedergegebenen Vereinbarungen der Ehegatten über die Mitarbeitspflicht der Ehefrau auch gleichzeitig einen generellen Verzicht des Ehemannes auf ſein Kündigungsrecht enthalten, wenn es beiſpielsweiſe heißt: Die Ehefrau — auch die zukünftige — ſoll in der Verwertung ihrer Arbeitskraft völlige Freiheit haben und von der Zuſtimmung ihres Mannes hierbei unabhängig ſein, oder: Der Ehemann — auch der zukünftige — erteilt ſeiner Frau — Braut — ein für allemal die Zuſtimmung zur Eingehung von Verträgen jeglicher Art, durch die ſie ſich zu einer von ihr in Perſon zu bewirkenden Leiſtung verpflichtet[12]). Derartige Vereinbarungen finden ſich häufig in güterrechtlichen Verträgen, und zwar meiſt bei Gütertrennungsverträgen. Ein weiteres praktiſches Bedürfnis zum Ausſchluß oder zur Beſchränkung des ehemännlichen Kündigungsrechtes beſteht auch dann, wenn die Ehefrau vor Eingehung des Vertrages mit dem Dritten dieſem die Nichtausübung des Kündigungsrechtes durch den Ehemann garantieren will[13]). In der Bühnenpraxis wird vielfach bei Anſtellung von verheirateten Schauſpielerinnen auf eine ſolche Garantie beſonderes Gewicht gelegt.

Vereinbarungen, die Abweichungen von den im Geſetz getroffenen Beſtimmungen des Abſ. 2 des § 1358 vorſehen, werden mit Recht allgemein für unwirkſam gehalten. So iſt beiſpielsweiſe eine Vereinbarung, nach der dem Ehemann auch bei nicht beſtehender häuslicher Gemeinſchaft ein Kündigungsrecht zuſtehen ſoll, nichtig, denn weſentliche Vorausſetzung für das Kündigungsrecht iſt, daß die Ehegatten in häuslicher Gemeinſchaft leben (§ 1358 Abſ. 2 S. 3). Ein Ausſchluß dieſer geſetzlichen Vorausſetzung würde gegen das Schutzbedürfnis außenſtehender Dritter verſtoßen. Aus gleichem Grunde wäre eine Abmachung unbeachtlich, wonach

---

[12]) Siehe auch Jastrow a.a.O. S. 214.

[13]) Opet: Bühnenverträge im Ziv.-Arch. Bd. 36, 175 ff.

dem Ehemann das Kündigungsrecht auch nach erteilter Zuſtimmung zuſtehen ſoll. Auch eine Vereinbarung dahin, daß eine Erſatzzuſtimmung des Vormundſchaftsgerichtes gemäß § 1358 Abſ. 2 ausgeſchloſſen ſein ſoll, wäre nichtig, denn dieſes der Frau zuſtehende Recht zur Einholung der vormundſchaftsgerichtlichen Erſatzzuſtimmung gilt nur für Notfälle und dient ihrem Schutze. Ein derartiges, dem Schutze der Perſönlichkeit dienendes Recht iſt aber nur durch Geſetz und nicht durch willkürliche Parteivereinbarung entziehbar.

B. Das ſelbſtändige Erwerbsgeſchäft der Ehefrau.

Betreibt die Ehefrau ein ſelbſtändiges Erwerbsgeſchäft, ſo iſt auch hierfür die Zuſtimmung des Ehemannes nicht erforderlich. Es macht auch keinen Unterſchied, ob die Ehefrau ein vor der Ehe gegründetes Erwerbsgeſchäft fortſetzen oder in der Ehe ein neues beginnen will. Unter ſelbſtändigem Erwerbsgeſchäft wird jede regelmäßige, auf die Dauer und auf ſelbſtändigen — im Gegenſatz zum abhängigen — Erwerb gerichtete Tätigkeit zur Erzielung von Gewinn gerechnet, mag dieſe Tätigkeit in der Ausübung eines Handwerks, eines kaufmänniſchen, künſtleriſchen oder wiſſenſchaftlichen Berufes uſw. beſtehen[14]). Selbſtändig wird das Geſchäft dann betrieben, wenn es von der Frau im eigenen Namen und auf eigene Rechnung betrieben wird, und wenn die Frau in der Lage iſt, alle das Geſchäft betreffenden Rechtsakte grundſätzlich ſelbſt ohne Mitwirkung anderer, alſo auch ohne Mitwirkung ihres Ehemannes, vorzunehmen[15]).

Die Zuſtimmung des Ehemannes zum Betrieb des ſelbſtändigen Erwerbsgeſchäftes iſt einmal für die güterrechtlichen Verhältniſſe der Ehegatten wichtig, denn nach der Zuſtimmungserteilung darf die Ehefrau auch über alle Gegenſtände, die zum eingebrachten Gut gehören, verfügen. Die Zuſtimmung zum Geſchäftsbetrieb berechtigt ſie zu allen Rechts-

---

[14]) Motive I, 142; Staudinger-Engelmann § 1367 Anm. 3a; Planck § 1367 Anm. 2b; Cosack Bd. II, 2 § 53 I, 1a; Thiele, Ziv.-Arch. Bd. 91 S. 316; RG. in JW. 1911, 773; RGZ. 28, 282; Hörle: Die Stellung der Ehefrau im Betrieb eines Erwerbsgeschäftes S. 104.

[15]) Staudinger-Engelmann § 1367 Anm. 3b; Dernburg § 35 S. 113; RG. in LZ. 1922, 649 ff.; Staub, HGB. Komm. S. 20 Anm. 48 führt aus: „Selbständig erfahre seine begriffliche Bedeutung im Verhältnis zum Ehemann." Ähnlich Endemann II, 727; Hörle a.a.O. S. 104; Dür.-Hachenb. HGB. Komm. Allg. Einl. Anm. 71; Glitsch in Ehrenbergs-Hdb. Bd. 2 S. 168; Friederichs S. 5.

geſchäften und zur Führung von Rechtsſtreitigkeiten, die ein derartiger Geſchäftsbetrieb mit ſich bringt (§ 1405 BGB.) und die nach dem geſetzlichen Güterſtand, um wirkſam zu ſein, der Zuſtimmung des Ehemannes bedurft hätten. Die ehemännliche Zuſtimmung bewirkt alſo, daß die Ehefrau über ihr geſamtes eingebrachtes Gut verfügen, Verpflichtungen mit Wirkungen gegen dieſes Gut eingehen ſowie Prozeſſe in Anſehung desſelben führen kann. Der Einwilligung des Ehemannes ſteht es gleich, wenn die Ehefrau das Erwerbsgeſchäft mit Wiſſen und ohne Einſpruch des Mannes betreibt (§ 1405 Abſ. 2). Nach § 1405 Abſ. 3 kann der Mann die einmal erteilte Zuſtimmung widerrufen. — Zum andern aber wird durch den Betrieb eines ſelbſtändigen Erwerbsgeſchäftes durch die Ehefrau auch die eheliche Gemeinſchaft beeinträchtigt, und deshalb iſt in der erteilten Zuſtimmung des Ehemannes auch die Erklärung enthalten, daß der Ehemann die Tätigkeit der Ehefrau mit den gemeinſchaftlichen ehelichen Intereſſen und Belangen für vereinbar hält[16]).

Anſtelle der einſeitigen Erteilung der ehemännlichen Zuſtimmung können ſich die Ehegatten auch vertraglich über den Betrieb eines ſelbſtändigen Erwerbsgeſchäftes durch die Ehefrau einigen. Derartige Vereinbarungen haben ebenfalls vermögensrechtliche und perſonenrechtliche Wirkungen. Sie können darauf gerichtet ſein, daß die Ehefrau zum Betrieb eines Erwerbsgeſchäftes oder zum Betrieb einer beſtimmten Gruppe von Erwerbsgeſchäften oder zum Betrieb von Erwerbsgeſchäften ſchlechthin berechtigt ſein ſoll, oder aber daß das Recht des Ehemannes zum Widerruf ſeiner Zuſtimmung für eine beſtimmte Zeit ausgeſchloſſen ſein ſoll. Gegen die Zuläſſigkeit ſolcher Vereinbarungen, ſoweit ſie ſich auf eine beſtimmte oder allgemeine Zuſtimmungserteilung zum Betrieb von Erwerbsgeſchäften beziehen, beſtehen keinerlei Bedenken. Auch ein Verzicht oder Ausſchluß des ehemännlichen Widerrufsrechtes, das genau wie das Kündigungsrecht des § 1358 ein beſonderes, aus § 1353 hergeleitetes Geſtaltungsrecht für die internen Beziehungen der Ehegatten iſt, muß aus denſelben Gründen für zuläſſig erachtet werden wie ein Verzicht oder Ausſchluß des ehemännlichen Kündigungsrechtes, denn die gemeinſchaftlichen ehelichen Belange werden in der Regel durch den Betrieb eines ſelbſtändigen Erwerbsgeſchäftes nicht anders berührt als durch die unſelbſtändige berufliche Tätigkeit der Ehefrau. Der Zuläſſigkeit eines Verzichtes auf das Ein-

---

[16]) Zſchimmer in ZHR. 52, 504.

ſpruchs- oder Widerrufsrecht ſteht nach dem Geſagten daher auch nicht die Beweisführung entgegen, dieſes Recht ſei als ein aus dem ehemännlichen Entſcheidungsrecht abgeleitetes Geſtaltungsrecht unverzichtbar. Selbſtverſtändlich hat eine derartige Verzichtsvereinbarung nur mit der clauſula Geltung. Wenn nun ein ſolcher Verzicht des Ehemannes auf Widerruf ſeiner einmal erteilten Zuſtimmung mit *perſonenrechtlicher* Wirkung, d. h. mit Wirkung für das Innenverhältnis der Ehegatten zuläſſig und gültig iſt, ſo iſt eine weitere Frage die, ob ein ſolcher Verzicht auch eine *güterrechtliche* Wirkung auslöſt. Denn wie dargelegt, enthält die Zuſtimmung zum Betrieb eines Erwerbsgeſchäftes gleichzeitig die Zuſtimmung zur Verfügung über eingebrachtes Gut, und gemäß § 1367 gehört alles, was die Ehefrau durch den ſelbſtändigen Betrieb eines Erwerbsgeſchäftes erwirbt, zu ihrem Vorbehaltsgut. Ein Ausſchluß des Rechtes, die einmal erteilte Zuſtimmung zu widerrufen, kommt alſo vermögensrechtlich einem Verzicht auf das ehemännliche Nutznießungsrecht am eingebrachten Gut gleich. Über dieſes Recht jedoch können die Ehegatten nur im Wege eines güterrechtlichen Vertrages, der den Vorſchriften des § 1432, insbeſondere der Formvorſchrift des § 1434 unterliegt, Abweichendes beſtimmen.

Hieraus erhellt, daß einer Vereinbarung auf Ausſchluß oder Verzicht auf das ehemännliche Widerrufsrecht nicht die Bedeutung zukommt, daß tatſächlich das Recht aus § 1405 Abſ. 3 ausgeſchloſſen wird. Wenn daher der Ehemann einige Zeit nach Abſchluß einer ſolchen Vereinbarung die Weiterführung des Geſchäftes verbietet, ſo hat dies, ungeachtet der getroffenen Vereinbarung, die *vermögensrechtliche* Folge, daß die Ehefrau über eingebrachtes Gut in ihrem Erwerbsgeſchäft nicht mehr verfügen und dieſes Gut auch nicht mehr verpflichten kann. Hingegen kann die Ehefrau das Erwerbsgeſchäft trotz des Widerrufs weiterführen und ſich darauf berufen, daß der entgegen der getroffenen Vereinbarung erfolgte Widerruf des Mannes mißbräuchlich ſei.

Leben die Ehegatten in Gütertrennung, oder betreibt die Ehefrau das Erwerbsgeſchäft nur mit Mitteln des Vorbehaltsgutes, ſo hat ein entgegen der Vereinbarung erfolgter Widerruf überhaupt keine Wirkung, da in dieſem Falle die getroffene Vereinbarung einzig und allein perſonenrechtliche Folgen zeitigt.

Bei der Durchſicht der Akten zum Güterrechtsregiſter Berlin Mitte fand Verfaſſerin eine Reihe von Fällen, in denen im Rahmen von Eheverträgen der Ehemann ſeiner Frau — oder der Bräutigam ſeiner zukünftigen Frau — ſeine unwiderrufliche Genehmigung zum Betrieb eines

ſelbſtändigen Erwerbsgeſchäftes erteilt, und zwar meiſt nicht nur für ein beſtimmtes Erwerbsgeſchäft, ſondern zum Betrieb von Erwerbsgeſchäften ſchlechthin. Derartigen im Rahmen eines Ehevertrages getroffenen Beſtimmungen iſt m. E. die Gültigkeit nicht abzuſprechen. Nicht ſelten ſind auch Vereinbarungen vermögensrechtlicher Art über die Verteilung des aus dem Erwerbsgeſchäft erzielten Gewinnes dahingehend, daß der Gewinn beiden Ehegatten gemeinſam zuſtehen ſoll[17]). Bringt die Ehefrau ein Erwerbsgeſchäft mit in die Ehe ein, ſo wird häufig ein Vertrag zwiſchen Ehegatten abgeſchloſſen, wonach der Mann zur Weiterführung des Geſchäftes als unmittelbarer Vertreter oder als Treuhänder berechtigt ſein ſoll[18]).

---

[17]) Vgl. Planck zu § 1405 S. 124.

[18]) RGRK. § 1367 Anm. 2; Zschimmer a.a.O. S. 490; RG. in JW. 1912/32 (Fall einer Gläubigerbenachteiligung).

VI. ABSCHNITT

Vereinbarungen der Ehegatten über die gegenseitige Haftung.

Vorweg ſei ein Wort über die Bedeutung des § 1359 BGB. geſagt. § 1359 normiert die Haftpflicht der Ehegatten untereinander, er gibt das Maß der Sorgfalt an, das ſie bei der Erfüllung der ſich aus dem gemeinſchaftlichen Verhältnis ergebenden Verpflichtungen anzuwenden haben. Danach hat jeder Ehegatte nur für diejenige Sorgfalt einzuſtehen, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Es iſt beſtritten, ob aus § 1359 bei Verletzung der ſich aus der ehelichen Lebensgemeinſchaft ergebenden Pflichten eine Schadenserſatzpflicht folgt, in gleicher Weiſe wie für das Obligationenrecht nach § 276 bei ſchuldhafter Verletzung einer Vertragspflicht eine Schadenserſatzpflicht beſteht, oder ob nur dann eine Erſatzpflicht eintritt, wenn ſich eine ſolche aus anderen Rechtsgründen, z. B. aus den §§ 823, 826 herleiten läßt.

§ 1359 gilt zwar für alle Verpflichtungen, die ſich aus der ehelichen Lebensgemeinſchaft ergeben, ſowohl für die Verpflichtungen der Frau wie für die des Mannes, für güterrechtliche, vermögensrechtliche ſowie auch für perſonenrechtliche Verpflichtungen. Praktiſch jedoch wird er in der Hauptſache für alle Verpflichtungen aus dem Güterrecht. Treten die Ehegatten miteinander in gewöhnlichen rechtsgeſchäftlichen Verkehr, gewährt beiſpielsweiſe einer dem andern ein Darlehen, leiht einer dem andern etwas, ſo greift nicht § 1359 ein, ſondern das Maß der Haftung beſtimmt ſich nach den für die betreffenden Vertragsarten geltenden Haftungsvorſchriften[1]). Von der herrſchenden Meinung[2]) wird § 1359 als lex imperfecta angeſehen, weil es, um zu einem Schadenserſatzanſpruch zu kommen,

---

[1]) Staudinger-Engelmann zu § 1359 Anm. 2; Prot. IV zu § 1279 S. 108/109; RGRK. zu § 1359 Anm. 1 u. 2.

[2]) RG. in JW. 1905/431; RGZ. 85, 334; RG. in JW. 1912/190; Staudinger-Engelmann zu § 1359 Anm. 2.

nötig ſein ſoll, auf eine ergänzende, den Schuldanſpruch erſt begründende Norm zurückzugreifen. Außerdem ſoll einer generellen Verpflichtung zur Schadenserſatzleiſtung die Eigenart des ehelichen Verhältniſſes und ſeine ſittliche Natur entgegenſtehen. Bei Verletzung der Verpflichtungen aus der ehelichen Lebensgemeinſchaft ſoll nur die Klage auf Herſtellung des ehelichen Lebens und die Scheidungsklage gegeben ſein. Schadenserſatzanſprüche ſollen nur dann begründet ſein, wenn der Tatbeſtand einer unerlaubten Handlung, insbeſondere § 826 oder auch § 823 verwirklicht iſt, z. B. wenn durch das Verhalten eines Ehegatten die Geſundheit des andern ſtark beſchädigt oder irgendein vermögensrechtlicher Schaden entſtanden iſt uſw.[3]). Wegen der rein ſittlichen Natur der Ehe ſoll alſo ein Erſatz vermögensrechtlichen Schadens bis auf die Fälle einer Verletzung der in den §§ 823ff. geſchützten Rechtsgüter ausgeſchloſſen ſein[4]). Dieſe Anſicht führt praktiſch dazu, daß bei Verletzung perſonenrechtlicher Verpflichtungen eine Schadenserſatzpflicht faſt ſtets nur dann eintreten wird, wenn die Vorausſetzungen des § 826 erfüllt ſind. Eine Haftung aus § 823 kann nur dann eintreten, wenn ein durch § 823 Abſ. 1 geſchütztes Rechtsgut verletzt worden iſt; bei den Rechten und Pflichten der Ehegatten zueinander handelt es ſich aber, wie im II. Abſchnitt dargelegt, meiſt um familienrechtliche Obligationen, in den ſeltenſten Fällen um abſolute Rechte. Doch kann man das Recht auf Beſtand der Ehegemeinſchaft auch als ein unter § 823 Abſ. 1 fallendes Recht anſehen.

Als erſter vertrat Strupp im Gegenſatz zur herrſchenden Meinung die Anſicht, daß § 1359 keine lex imperfecta ſei. Er weiſe auf die gleichgefaßten Beſtimmungen des § 708 des Geſellſchaftsrechtes ſowie auf § 1664 hin, der die Haftung des Vaters dem Kinde gegenüber bei Ausübung der elterlichen Gewalt in derſelben Weiſe wie § 1359 normiere[5]). Er führt aus, daß es nicht einzuſehen ſei, warum der Geſetzgeber von diligentia quam in suis ſpreche, wenn er daraus nicht die geſetzliche Konſequenz einer unmittelbaren Haftung ziehen wollte. Auch ſtützt er ſich mit ſeiner Anſicht auf die Motive und Protokolle. In den Protokollen heißt es zu § 1279 (dem heutigen § 1359): „Dieſe Vorſchrift ſollte nicht bloß für die Haftung in güterrechtlichen Angelegenheiten gelten, ſondern für alle ſich

---

[3]) RGZ. 85, 334; Staudinger-Engelmann zu § 1359 Anm. 1; Goldmann-Lilienthal S. 72.

[4]) Staudinger-Engelmann zu § 1359 Anm. 2; RG. in JW. 1905/431; JW. 1909 Nr. 12.

[5]) Strupp a.a.O. S. 8 ff.

aus dem ehelichen Verhältnis ergebenden Verpflichtungen."[6]) Es ist Strupp[7]) beizustimmen, wenn er betont, daß das Wesen der Ehe einer solchen allgemeinen Haftung der Ehegatten nicht entgegenstehe, denn die inneren Verhältnisse der Ehegatten würden auch bei der Erhebung der Herstellungsklage und erst recht bei der Scheidungsklage ans Licht der Öffentlichkeit gezerrt. Wo solche Klagen überhaupt vorkämen, sei die Eintracht der Ehe schon gestört. Auf der anderen Seite wäre es unbillig, wollte man in Fällen, in denen die Harmonie der Ehe bereits gestört sei, dem verletzten Ehegatten die Möglichkeit nehmen, für die ihm in der Vergangenheit vom anderen Ehegatten zugefügten Schädigungen Ersatz zu verlangen.

Angesichts der im wesentlichen völlig gleichen Fassung der §§ 1359 und 1664 ist nicht einzusehen, warum im Schrifttum[8]) zu § 1359, meist ohne nähere Begründung, eine generelle Schadensersatzpflicht abgelehnt wird, während sie zu § 1664 als eine aus dieser Vorschrift folgende Pflicht des Vaters bei Verletzung seiner dem Kinde gegenüber bestehenden Verpflichtungen anerkannt wird. Voraussetzung für die Gewährung eines Schadensersatzanspruches ist natürlich, daß ein wirklicher Vermögensschaden, nicht nur ein immaterieller Schaden entstanden ist, und daß es sich nicht nur um geringfügige Schäden handelt. Bei der Gewährung eines Schadensersatzanspruches bedarf der Grundsatz von Treu und Glauben im Hinblick auf die ehelichen Belange besonderer Beachtung.

Strittig ist es nun, ob § 1359 zwingendes Recht enthält oder nicht. Die einen erklären § 1359 schlechthin für eine zwingende Norm, die jeglicher Parteidispositon entzogen ist[9]). Planck u. a.[10]) sind der Ansicht, daß durch Vertrag die Haftung aus § 1359 erweitert oder auch beschränkt werden könne, und zwar allgemein oder nur in gewissen Beziehungen; nicht ausschließbar sei nur die Haftung für Vorsatz (§276 Abs. 2). — Wieruszowski u. a.[11]) lassen nur Verträge über eine Milderung der Haftung zu, z. B.

---

[6]) Prot. zu § 1279 S. 108 u. 109.

[7]) S. 18 ff.

[8]) Staudinger-Engelmann § 1359 Anm. 1, § 1664 Anm. 6; RGRK. § 1359 Anm. 2, § 1664 Anm. 1; Endemann § 169 Anm. 20.

[9]) Staudinger-Engelmann zu § 1359 Anm. 5; Ehrlich S. 191; Jörges S. 157; Lehmann S. 430.

[10]) Planck Bem. 2 zu § 1359; Dernburg § 32 Anm. 23 S. 116; Opet Anm. 4; v. Baligand S. 25; Breslauer S. 54; Braß S. 24; Haidlen S. 44.

[11]) Wieruszowski S. 12; Zarden a.a.O. S. 61.

in der Art, daß nur bei grober Fahrläſſigkeit gehaftet werden ſolle. Sie halten aber eine Verſchärfung des Haftungsumfanges für nichtig. Auch die vierte mögliche Anſicht, daß nur eine vertragliche Verſtärkung der Haftung zuläſſig ſei, wird vertreten[12]). Im einzelnen ſind folgende Ausführungen zur Begründung obiger Anſichten bemerkenswert: Nach Hörle[13]) ſoll eine Milderung der Haftung eine leichtſinnige Wirtſchaftsführung begünſtigen und deshalb dem ſittlichen Weſen der Ehe widerſprechen; auf der andern Seite ſoll auch eine überſpannte Verſchärfung der Haftung über culpa lata hinaus den Geſchäftsgeiſt bzw. das Tätigwerden des einen Ehegatten für den andern lähmen und deshalb ebenfalls unzuläſſig ſein. Wieruszowſki, der im übrigen von dem Grundſatz allgemeiner Unzuläſſigkeit von Verträgen über perſönliches Eherecht ausgeht, meint, § 1359 normiere nur eine obere Grenze, ſo daß eine Milderung dem Sinne dieſer Vorſchrift grundſätzlich nicht zuwiderlaufen würde.

Nach der hier vertretenen Anſicht werden gerechtfertigte Bedenken aus dem Geſichtspunkt eines Verſtoßes gegen die guten Sitten nicht zu erheben ſein, wenn die Ehegatten erklären, einander ſchon für durch leichte Fahrläſſigkeit verurſachte Schäden einzuſtehen oder auch eine Garantie für Schäden zu übernehmen, die ſie ſich gegenſeitig verurſachen. Ebenſo wird auch eine Milderung des Haftungsmaßſtabes grundſätzlich zuläſſig ſein, alſo auch ein vertraglicher Ausſchluß von Erſatzanſprüchen für Schäden, die durch grobe Fahrläſſigkeit herbeigeführt ſind. Jedoch darf kein Ehegatte vertraglich berechtigt werden, in den Angelegenheiten ſeines Ehepartners weniger ſorgfältig zu ſein als in ſeinen eigenen. Ein ſolcher Vertrag würde den ſittlichen Anſchauungen, dem Anſtandsgefühl und dem Weſen der Ehe, wie es eingangs dargelegt wurde, widerſprechen. Dieſe Grenze muß alſo bei Verträgen, die die Haftung beſchränken oder verſchärfen, innegehalten werden. Sollte dennoch durch eine vertragliche Regelung ungewollt ein Zuſtand entſtehen, wonach der eine Ehegatte für ein größeres Maß von Sorgfalt einzuſtehen hat als der andere, ſo liegt dann darin nichts Unſittliches, folgt doch aus § 1359, daß eine verſchiedene Haftung der Ehegatten je nach der individuellen Sorgfalt, die jeder Ehegatte in den eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, möglich iſt.

---

[12]) Hörle im Bürg. Arch. Bd. 31 S. 169 ff.; Schmidt II, 2 S. 144.

[13]) Vgl. vorige Fußnote.

VII. ABSCHNITT

Vereinbarungen über die eheliche Unterhaltspflicht.

A. Die regelmäßige Unterhaltspflicht der Ehegatten.

Das Bürgerliche Gesetzbuch setzt eine gegenseitige Unterhaltspflicht der Ehegatten fest. Diese Unterhaltspflicht ist sowohl zu den personenrechtlichen als auch zu den vermögensrechtlichen Beziehungen der Ehegatten zu rechnen. Verschiedentlich[1]) wird daher auch von der Doppelnatur des Unterhaltsanspruches gesprochen, weil er teils familienrechtlich-personenrechtlichen, teils vermögensrechtlichen Charakter hat. Die gesetzlichen Unterhaltsbestimmungen stehen, weil sie unabhängig von dem Güterstande sind, in dem die Ehegatten leben, daher mit Recht in dem Abschnitt über die allgemeinen Wirkungen der Ehe.

§ 1360 bestimmt, daß der Mann nach Maßgabe seiner Lebensstellung, seines Vermögens und seiner Erwerbsfähigkeit der Frau Unterhalt zu gewähren hat. Voraussetzung ist dabei nicht, wie bei der Unterhaltspflicht gegenüber sonstigen Verwandten (§ 1602), die Bedürftigkeit der Frau, sondern nur die Leistungsfähigkeit des Mannes. Der Ehemann hat also auch dann für den Unterhalt aufzukommen, wenn die Frau aus ihren Einkünften oder sonstigem Vermögen sehr wohl in der Lage ist, sich selbst zu unterhalten[2]). Zur Unterhaltspflicht gehört die Deckung des gesamten Lebensbedarfes des anderen Ehegatten. Vom ehelichen Aufwand, den nach § 1389 auch der Mann trägt, unterscheidet sich der Unterhalt darin, daß der Begriff Aufwand umfassender ist[3]). Gewisse nicht zum Unterhalt gehörige Lasten fallen unter den ehelichen Aufwand, so insbesondere alle Unterhaltskosten für die Kinder.

---

[1]) Jacobi S. 69; Scheppler S. 2 u. 3; Wolff § 32 S. 110.
[2]) Staudinger-Engelmann § 1360 Anm. 2; RG. b. Warn. 1912 Nr. 169 u. RGZ. 91, 401.
[3]) Staudinger-Engelmann zu § 1389 Anm. 2b.

Dagegen beſteht die Unterhaltspflicht der Frau dem Manne gegenüber nur ſubſidiär, nämlich nur dann, wenn der Mann außerſtande iſt, ſich ſelbſt zu unterhalten. Der zu leiſtende Unterhalt richtet ſich nach dem Vermögen, nach der Erwerbsfähigkeit der Frau und nach der Lebensſtellung des Mannes (§ 1360 Abſ. 2). Letzteres hat praktiſche Bedeutung nur in den Fällen, in denen die Frau mehr verdient als der Lebensſtellung des Mannes entſpricht, denn dann braucht ſie ihm den Unterhalt nur ſeiner Lebensſtellung entſprechend zu gewähren. Dies führt zu einem den heutigen Anſchauungen befremdlichen Ergebnis: Während der Ehemann alles, ſelbſt bei ganz notdürftigem Verdienſt, mit der Frau zu teilen hat[4]), iſt die Frau keineswegs verpflichtet, dem Manne einen ihrer Lebensſtellung und ihrem Verdienſt entſprechenden Unterhalt zu gewähren[5]); ſie braucht alſo nach dem Geſetz nicht alles mit dem Manne zu teilen.

Beſonders wichtig iſt die Frage, in welcher Weiſe der Unterhalt zu gewähren iſt. § 1360 Abſ. 3 beſtimmt: Der Unterhalt iſt in der durch die eheliche Lebensgemeinſchaft gebotenen Weiſe zu gewähren. Die durch die Lebensgemeinſchaft gebotene Form iſt grundſätzlich die Gewährung des Unterhalts in der häuslichen Gemeinſchaft, die ſogenannte Naturalleiſtung. Sie beſteht in der Gewährung von Wohnung, Eſſen, Kleidung, Arzt und Kurkoſten ſowie in der Gewährung eines angemeſſenen Taſchengeldes uſw. Der Ehemann hat ſeiner Frau hiernach auch angemeſſene Geldbeträge zur Erledigung der Geſchäfte des häuslichen Wirkungskreiſes zu überlaſſen.

Vielfach wird behauptet[6]), daß die Ehefrau nur einen Anſpruch auf Gewährung des Unterhalts in natura habe, daß alſo nach § 1360 niemals eine Geldrente zu leiſten ſei. Dies wird per argumentum e contrario aus § 1361 gefolgert, der beſtimmt, daß bei berechtigtem Getrenntleben der Ehegatten der Unterhalt in Form einer Geldrente zu entrichten iſt. Die Trennung der Ehegatten wird dem Zuſammenleben in häuslicher Gemeinſchaft gegenübergeſtellt und ſo gefolgert: Nur wenn die Ehegatten getrennt leben, d. h. mit dem animus de non revertendi die häusliche Gemeinſchaft aufgehoben haben, iſt eine Geldrente zu entrichten. Leben die Ehegatten aber in der vom Geſetzgeber gewollten ehelichen Gemeinſchaft mit gemeinſchaftlicher Häuslichkeit, ſo darf die Unterhaltsgewährung innerhalb

---

[4]) Staudinger-Engelmann § 1360 Anm. 4a mit zahlreichen Entscheidungen.

[5]) Vgl. Planck zu § 1360 Anm. 2b.

[6]) So Schmidt zu § 1360 N. 5; Mitteis S. 22 IV; Siméon Bd. I, 2 S. 317; Meyer S. 119; Jacobi S. 59; siehe weitere Literaturangaben bei Hülle S. 22.

derſelben nur durch Naturalleiſtung erfolgen. — Hierbei wird überſehen, daß es zahlreiche Fälle gibt, in denen die Ehegatten wohl in ehelicher Gemeinſchaft zuſammenleben, auch noch ein gemeinſames Heim als den Mittelpunkt ihrer Lebensbeziehungen betrachten, und dennoch ein Ehegatte ſich von dieſem Ort auf beſtimmte oder unbeſtimmte Zeit entfernt aufhält, Fälle, in denen beiſpielsweiſe der Mann als Forſcher, Geſchäftsmann, Schiffsarzt, die Frau als Filmſchauſpielerin, Reporterin, Sportlerin tätig iſt. In allen dieſen Fällen kann, auch wenn es an einer häuslichen Gemeinſchaft fehlt, nicht von Getrenntleben geſprochen werden. Die eheliche Lebensgemeinſchaft beſteht weiter fort, und da kein Getrenntleben im Rechtsſinne vorliegt, kann auch die Unterhaltsgewährung nicht gemäß § 1361 durch Leiſtung einer Geldrente gefordert werden, ſondern der Unterhalt iſt gemäß § 1360 Abſ. 1 entſprechend der durch die eheliche Lebensgemeinſchaft gebotenen Form „in Geld“ zu leiſten. Die Fälle, in denen es ſich praktiſch als unumgänglich notwendig erweiſt, daß ein Teil oder der geſamte Lebensunterhalt in Form von Geld oder einer regelmäßigen Geldrente zu leiſten iſt, fallen alſo mit unter § 1360. Regelmäßig wird der Unterhalt in einer Verbindung von Natural- und Geldleiſtung gewährt[7]); wo eine häusliche Gemeinſchaft und nicht zugleich ein gemeinſchaftlicher Haushalt beſteht, überwiegt ſogar die Geldleiſtung, und die Naturalleiſtung beſchränkt ſich auf die Wohnungsgewährung.

Über keine Beſtimmung der ehelichen Lebensgemeinſchaft ſind Vereinbarungen ſo häufig wie über den Unterhalt. Derartige Vereinbarungen ſind in den verſchiedenſten Formen und mit den verſchiedenſten Inhalten möglich. Eine Vereinbarung, die einen Verzicht der Ehegatten auf den gegenſeitig zu gewährenden Unterhalt für die Zukunft enthält, iſt nichtig[8]), und zwar weniger aus ſittlichen Gründen (§ 138) als deshalb, weil § 1614, der gemäß § 1360 Abſ. 3 auf die Unterhaltsgewährung der Ehegatten eine entſprechende Anwendung findet, als zwingende Vorſchrift die Unwirkſamkeit eines ſolchen Vertrages ausſpricht. Dieſe Vorſchrift iſt im öffentlichen Intereſſe gegeben; es ſoll dadurch vermieden werden, daß die Allgemeinheit für unterhaltsbedürftige Ehegatten, die auf ihre gegen-

---

[7]) Opet-v. Blume zu § 1360 S. 107; Staudinger-Engelmann § 1360 Anm. 4b; Motive IV S. 123/124; Protokolle IV S. 111; Jörges S. 90; OLG. Braunschweig im Recht 1912 Nr. 1905.

[8]) Staudinger-Engelmann § 1360 Anm. 5e u. Anm. 10; RG. in JW. 1905 S. 682; RG. b. Warn. 1913 Nr. 399 u. a.

ſeitige Unterhaltspflicht verzichtet haben, letztlich aufzukommen hat[9]). Trotz ihrer Unwirkſamkeit werden derartige Vereinbarungen meiſt im Zuſammenhang mit Trennungsverträgen oder güterrechtlichen Regelungen noch ſehr häufig getroffen. Auch ſind Vereinbarungen dieſer Art Gegenſtand zahlreicher Entſcheidungen des Reichsgerichtes und höherer Gerichte[10]). Das Reichsgericht[11]) führt aus: Der Verzicht auf den Unterhalt iſt, gleichgültig ob entgeltlich oder unentgeltlich gewährt, mit Rückſicht auf die ſittliche Grundlage der Unterhaltspflicht und mit Rückſicht auf das wegen der öffentlichen Wohlfahrtspflege in Frage kommende Staatswohl nach § 134 nichtig.

Einigen ſich die Ehegatten dahin, daß der Unterhaltsverpflichtete eine beſtimmte Summe im voraus zur Abgeltung ſeiner Unterhaltspflicht für eine gewiſſe Zeit leiſten ſoll, ſo hat eine ſolche Abrede nur eine beſchränkte Gültigkeit. Tritt vor Ablauf der vereinbarten Zeit eine erneute Bedürftigkeit des Unterhaltsberechtigten ein, ſo wird der Unterhaltsverpflichtete, auch wenn er die Geldſumme bezahlt hat, nur für drei Monate befreit (§§ 1614 Abſ. 2, 760), oder wenn die Vorausſetzungen in Naturalleiſtungen erfolgt ſind, für einen angemeſſenen Zeitraum[12]).

Als gültig muß m. E. auch ein Vertrag angeſehen werden, wonach die Ehegatten vereinbaren, daß die Ehefrau in der Zukunft ſo lange einen Unterhaltsanſpruch nicht geltend machen können ſoll, als ſie in der Lage iſt, ſich ſtandesgemäß aus eigener Kraft — ſei es aus eigener Arbeit, ſei es aus eigenem Vermögen — zu unterhalten. Ein derartiger Vertrag kann auf unbeſtimmte Zeit, aber auch für einen feſt beſtimmten Zeitraum geſchloſſen werden. Soll er für eine unbeſtimmte Zeit gelten, ſo heißt das praktiſch, er verliert ſeine Wirkſamkeit erſt in dem Zeitpunkt, in dem die Frau außerſtande iſt, ſich ſelbſt zu unterhalten. Eine derartige Vereinbarung enthält einen auflöſend bedingten Unterhaltsverzicht, wie er für die Unterhaltsanſprüche unter Verwandten gemäß § 1614 unzuläſſig iſt. Indeſſen rechtfertigt ſich für das Eherecht eine abweichende Anſicht aus folgender Erwägung: Der Unterhaltsanſpruch der Verwandten ſetzt nach § 1602 in jedem Falle Bedürftigkeit des Unterhaltsberechtigten vor-

---

[9]) Motive IV zu § 1495 S. 701.

[10]) RG. in JW. 1905/682; RGZ. Bd. 46, 67; 49, 155; 50, 96 u. a.

[11]) RG. U vom 28. 9. 1905 (IV. Senat) abgedr. in JW. 1905/682.

[12]) Staudinger-Engelmann § 1360 Anm. 5d; Cosack Bd. II § 44 III, 1f; Wieruszowski S. 125; Scheppler S. 5.

aus. Jeder Verzicht auf diesen Unterhaltsanspruch, also auch jeder auflösend oder aufschiebend bedingte Verzicht hätte zur Folge, daß der Berechtigte mittellos würde, und damit bestünde die Gefahr, daß er der öffentlichen Wohlfahrtspflege zur Last fiele. Der Unterhaltsanspruch der Ehefrau indessen besteht ohne Rücksicht auf ihre Bedürftigkeit. Es kann also häufig der Fall eintreten, daß sie vom Ehemann Unterhalt bezieht, obwohl sie über ausreichende eigene Mittel verfügt. Es ist kein Grund ersichtlich, warum in diesen Fällen nicht ein Verzicht auf Unterhalt zulässig sein soll, natürlich unter der unerläßlichen Bedingung, daß bei Eintritt von Bedürftigkeit der Anspruch wiederaufleben soll. Hierdurch wird weder gegen sittliche Forderungen verstoßen, noch wird der Zweck des § 1614 vereitelt. Der § 1360 Abs. 3 gebietet nur eine entsprechende Anwendung des § 1614. Die hier vertretene Ansicht von der beschränkten Zulässigkeit eines auflösend bedingten Unterhaltsverzichtes trägt der Besonderheit des ehelichen Unterhaltsanspruches Rechnung und ist daher die „entsprechende Anwendung" des § 1614. Zu demselben Ergebnis gelangt mit zum Teil ähnlicher Begründung von Baligand[13]). In Fällen, in denen die Ehegatten einen Verzicht der Ehefrau auf ihren Unterhaltsanspruch vereinbaren, ist also im Wege der Auslegung stets ein auflösend bedingter Verzicht anzunehmen.

Von der herrschenden Meinung wird jedoch mit Rücksicht auf die Verbotsnorm des § 1614 jeder, also sowohl ein zeitlich bedingter als auch ein inhaltlich beschränkter Verzicht des unterhaltsberechtigten Ehegatten auf künftigen Unterhalt für nichtig erklärt[14]). Zur letzteren Gruppe würde beispielsweise eine Vereinbarung zu rechnen sein, nach welcher der zu gewährende Unterhalt niedriger festgesetzt wird, als er nach dem Gesetz dem berechtigten Ehegatten zusteht[15]). Hierunter würde auch ein Vertrag fallen, nach welchem alle künftigen Unterhaltsansprüche durch Zahlung einer einmaligen Geldsumme als Abfindung abgegolten werden sollen[16]). Die unzulässige Benachteiligung wird von der herrschenden Meinung hier in der Art der Gewährung gesehen, denn durch Zahlung einer Abfindungs-

---

[13]) S. 53/54 mit Verweis auf Prot. IV S. 109 ff.

[14]) Staudinger-Engelmann zu § 1360 Anm. 10; Opet Bem. 16; Schmidt S. 144; OLG. Darmstadt Recht 1905 S. 226 Nr. 1006.

[15]) Staudinger-Engelmann § 1360 Anm. 10; Opet Bem. 16; Motive IV/709; Scheppler S. 3; Hörle S. 170; Wieruszowski S. 65.

[16]) Hörle S. 163; RG. in JW. 1905, 435 u. 682.

ſumme werde verſucht, jedweden Anſpruch für den Fall künftiger Bedürftigkeit auszuſchließen. Auch der vertragliche Ausſchluß einer Unterhaltserhöhung für den Fall, daß die Verhältniſſe des Mannes ſich ändern, wird, als dem Weſen der Ehe widerſprechend, für nichtig angeſehen[17]).

Dem iſt im allgemeinen beizuſtimmen. Nach der oben entwickelten Anſicht jedoch iſt ein Verzichtsvertrag derart, daß die Ehefrau ſich verpflichtet, nur einen geminderten Unterhaltsanſpruch in beſtimmt begrenzter Höhe geltend zu machen, z. B. weil ſie eigene Einkünfte hat, unter denſelben Beſchränkungen für wirkſam zu erachten wie ein Vertrag, nach dem ſie für eine gewiſſe Zeit auf jeden Unterhalt verzichtet. Auch die vertraglich vereinbarte Zahlung einer einmaligen Geldſumme wird dann zuläſſig ſein, wenn nach dem oben Geſagten der darin erklärte Unterhaltsverzicht der Ehefrau zuläſſig iſt, d. h. wenn die Frau genügend Mittel zum eigenen Unterhalt beſitzt, und wenn der Verzicht in der angegebenen Weiſe bedingt erklärt iſt. In der Praxis wird in derartigen Vereinbarungen unter Ehegatten meiſt gleichzeitig ein Verzicht des Ehemannes auf ſein Verwaltungs- und Nutznießungsrecht[18]) oder ein Verzicht auf das ihm nach § 1358 zuſtehende Kündigungsrecht mitaufgenommen ſein oder auch eine unwiderrufliche Einwilligung des Ehemannes zum Betrieb eines Erwerbsgeſchäftes durch die Frau.

Verträge, die die Unterhaltspflicht erhöhend regeln, werden allgemein unbedenklich für zuläſſig angeſehen[19]), indeſſen nur ſoweit, als ſie, wenn der Ehemann der Unterhaltsverpflichtete iſt, dieſem die für ihn notwendigen Exiſtenzmittel belaſſen[20]). Von den Umſtänden des Einzelfalles wird es abhängen, ob ſolche Verträge als Vereinbarungen über den ehelichen Aufwand (§ 1389) oder als reine Unterhaltsverträge anzuſehen ſind. Nur wenn die nach dem Vertrag der Frau zugewendeten Summen ausſchließlich für ihren Unterhalt, nicht aber für die ſonſtigen Zwecke der ehelichen Gemeinſchaft aufgewendet werden ſollen[21]), liegt ein Unterhaltsvertrag

---

[17]) RGZ. 50, 96; RG. in JW. 1902, 220 u. 1905, 435.

[18]) Vgl. hierzu RG. in JW. 1905 S. 682 über Unterhaltsverzicht der Frau bei gleichzeitiger Aufhebung des ehemännlichen Verwaltungs- und Nutznießungsrechtes.

[19]) Planck § 1360 Anm. 13c; Staudinger-Engelmann Anm. 10; RG. bei Gruch. 50, 378 ff.; RGZ. 61, 51; RG. i. Recht 1916 Nr. 391; Breslauer S. 55 ff.; Scheppler S. 3.

[20]) KG. in JW. 1917, 2584.

[21]) Über den Unterſchied vgl. Wieruszowski I S. 64 ff.; v. Baligand S. 62, dieſer verlangt ſtets Ehevertragsform.

und kein Güterrechtsvertrag vor, demgemäß iſt die Einhaltung der Ehevertragsform nicht erforderlich. Meiſt jedoch werden alle derartigen Vereinbarungen gleichzeitig mit einer güterrechtlichen Regelung getroffen und bedürfen daher der Form des § 1434.

Vereinbarungen, die den Inhalt und die Art und Weiſe des zu gewährenden Unterhaltes regeln, werden ohne Bedenken für rechtswirkſam gehalten[22]). So iſt beiſpielsweiſe ein Vertrag möglich, nach dem die Frau ſich verpflichtet, einen Teil der Unterhaltskoſten (z. B. bereits entſtandene Arzt- und Kurkoſten) ſelbſt zu tragen, oder in dem das Verhältnis von Geld- und Naturalleiſtung genau feſtgelegt wird. Ebenſo iſt eine Vereinbarung, nach der der Unterhalt lediglich in einer Geldrente gewährt werden ſoll, zuläſſig, ſofern nur ein berechtigter Grund für dieſe Art der Unterhaltsgewährung vorliegt, nicht aber wenn dadurch ein unberechtigtes Getrenntleben der Ehegatten erſt ermöglicht oder garantiert werden ſoll[23]). Auch eine Vereinbarung muß rechtsgültig ſein, wonach die dem Ehemann zum Unterhalt verpflichtete Ehefrau verſpricht — entgegen der geſetzlichen Beſtimmung des § 1360 Abſ. 2 —, den Unterhalt *ihrer* Lebensſtellung entſprechend zu leiſten und alles, was ſie beſitzt, mit dem Manne zu teilen.

B. Die Verpflichtung zur Unterhaltsgewährung bei Getrenntleben der Ehegatten.

Über die gegenſeitige Unterhaltspflicht im Falle des Getrenntlebens enthält § 1361 BGB. beſondere Beſtimmungen. Ein Getrenntleben der Ehegatten liegt dann vor, wenn es ſich nicht um eine bloß vorübergehende Trennung, ſondern um eine tatſächliche Aufhebung der ehelichen Gemeinſchaft mit dem Willen des Alleinſeins um des Alleinſeins willen handelt[24]).

---

[22]) Staudinger-Engelmann § 1360 Anm. 10; RG. bei Gruch. Bd. 50, 378; Warn. 1911 Nr. 108; Warn. 1913 Nr. 188; RG. i. Recht 1914 Nr. 636; Recht 1916 Nr. 391; Breslauer S. 55; a. A. OLG. 26, 216.

[23]) RG. i. Recht 1914 Nr. 636; RG. Warn. 1911 Nr. 223; RGZ. 61, 50 ff.

[24]) So Jörges S. 79; Opet-v. Blume zu § 1361 Anm. 1a und § 1358 Anm. 7a; Opet in DJZ. 1915 S. 1215 ff.; Eichner S. 52; OLG. Karlsruhe in OLG. 2, 329: Ein tatsächliches Getrenntleben liegt nicht nur dann vor, wenn die Ehegatten an zwei verschiedenen Orten oder in verschiedenen Häusern wohnen, sondern kann auch dann gegeben sein, wenn sie in demselben Hause, aber in verschiedenen Etagen, oder auch in einer Etage, aber in völlig getrennten Zimmern ohne gemeinschaftliche Haushaltung leben.

Die Weigerung zum Zuſammenleben muß von demjenigen Ehegatten, der den Grund zum Getrenntleben hat, ſchlüſſig zum Ausdruck gebracht werden[25]), oder aber es bleibt bei der Regelung des § 1360, wenn der Unterhaltsberechtigte unrechtmäßig, d. h. ohne Grund die eheliche Gemeinſchaft verweigert. Im Gegenſatz zum Getrenntleben der Ehegatten auf Grund eines Urteils auf Aufhebung der ehelichen Gemeinſchaft ſpricht man im Falle des § 1361 von einem „tatſächlichen" Getrenntleben. Während der Trennung bleiben daher alle Rechte und Pflichten der Ehegatten, wie ſie ſich aus § 1353 ergeben, beſtehen[26]). Ein Getrenntleben der Ehegatten iſt aber nur dann ein berechtigtes — und die Folgen desſelben werden vom Geſetzgeber beſonders geregelt —, wenn ſich das Verlangen des einen Ehegatten nach Herſtellung der ehelichen Lebensgemeinſchaft als Mißbrauch ſeines Rechtes darſtellen würde (§ 1353 Abſ. 2), oder wenn der die Herſtellung verweigernde Ehegatte auf Scheidung zu klagen berechtigt iſt. Das Recht zum Getrenntleben erliſcht, wenn die Gründe wegfallen, nach denen es zuläſſig iſt. Eine der wichtigſten Folgen des berechtigten Getrenntlebens iſt die, daß der unterhaltsverpflichtete Ehegatte dem unterhaltsberechtigten zur Zahlung einer Geldrente anſtelle der ſonſt geſetzlich vorgeſchriebenen Naturalleiſtung verpflichtet iſt. Mit der Zahlung einer Geldrente, deren Höhe ſich — da grundſätzlich der Mann der Unterhaltsverpflichtete ſein wird — nach ſeiner Lebensſtellung, ſeinen Vermögens- und Erwerbsverhältniſſen richtet (§§ 1360, 1361), entfällt jede weitere Pflicht zur Unterhaltsgewährung[27]). Iſt die Ehefrau die Unterhaltsberechtigte — was ebenfalls die Regel ſein wird —, ſo entfällt nach Billigkeitsgrundſätzen die Pflicht zur Zahlung einer Geldrente, oder ſie beſchränkt ſich auf einen Beitrag, wenn die Ehefrau für ihren Lebensunterhalt ſelbſt zu ſorgen in der Lage iſt.

Liegen die Vorausſetzungen des § 1361 vor, ſo können die Ehegatten den für die Zeit des Getrenntlebens zu gewährenden Unterhalt in der

---

[25]) RGRK. zu § 1361 Anm. 4; Staudinger-Engelmann Anm. 2b; Planck zu § 1361 Bem. 23; Schmidt Bem. 2b; Goldmann-Lilienthal S. 75 Anm. 14; Wolff § 32 II Nr. 8; Wetzel a.a.O. S. 86; Hülle S. 36; OLG. 7, 101 ff. u. 12, 302 ff.

[26]) Vgl. RGZ. 130 S. 178 ff. = in JW. 1930 S. 1343 ff.; RG. Warn. 1913 N. 378; DJZ. 1917/738 ff. dazu Anm. 2 S. 741 v. Prof. Hedemann; RG. in JW. 1925, 395.

[27]) OLG. Köln in DJZ. 1906/212; OLG. Rostock in Seuff. Arch. Bd. 76 Nr. 23; OLG. Braunschweig in OLG. 42, 118; a.A. KG. in Seuff. Arch. 78, 33; OLG. Hamburg in OLG. 43, 354; Wolff § 32 IV.

verſchiedenſten Weiſe vertraglich regeln. Ein gänzlicher Verzicht auf Unterhalt wird jedoch aus denſelben Gründen wie ein Unterhaltsverzicht während beſtehender Gemeinſchaft von dem geſamten Schrifttum[28]) zutreffend für nichtig erklärt, denn die im ſtaatlichen Intereſſe für zwingend zu erachtende Vorſchrift des § 1614, die durch Verweiſung im § 1360 Abſ. 3 für alle Fälle der Unterhaltsgewährung zwiſchen Ehegatten gilt, iſt auch für die Unterhaltsgewährung bei Getrenntleben anzuwenden. Ebenſo wie einen gänzlichen Verzicht hält die herrſchende Meinung[29]) auch einen teilweiſen Unterhaltsverzicht für die Zukunft für unzuläſſig. M. E. iſt jedoch ein zeitlich beſchränkter Verzicht des unterhaltsberechtigten Ehegatten dann zuläſſig, wenn ſich die Ehegatten dahin einigen, daß er nur ſo lange gelten ſoll, wie der Unterhaltsberechtigte ſich aus eigenen Mitteln zu unterhalten in der Lage iſt. Die Zuläſſigkeit eines derartigen auflöſend bedingten Verzichtes kann auch aus der Vorſchrift des § 1361 Abſ. 2 gefolgert werden, denn durch einen ſolchen Verzicht wird kein anderer Zuſtand erreicht, als er auch nach § 1361 Abſ. 2 eintreten kann. Nach Anſicht des Reichsgerichtes[30]) iſt durch § 1361 Abſ. 2 nur dem Richter die Befugnis erteilt, den unterhaltspflichtigen Mann von ſeiner Unterhaltspflicht zu befreien oder auf Zahlung eines Beitrages zu beſchränken, wenn dies mit Rückſicht auf die Bedürfniſſe ſowie auf die Vermögens- und Erwerbsverhältniſſe der Eheleute der Billigkeit entſpricht. Warum aber ſoll, was durch einen richterlichen Entſcheid bewirkt werden kann, nicht auch durch eine beiderſeitige Einigung der Gatten erfolgen können!

Zu Recht wird die vertragliche Feſtſetzung einer beſtimmten Höhe der zu leiſtenden Unterhaltsrente für zuläſſig gehalten[31]), auch wenn die Höhe der zu zahlenden Rente niedriger feſtgeſetzt wird als es dem Stand und den Vermögensverhältniſſen des Mannes entſpricht. Wird beim Vorliegen „berechtigter" Trennungsgründe die Höhe des dem Berechtigten zu zahlenden Unterhaltes durch Vereinbarung geregelt, ſo wird mit einer

---

[28]) Staudinger-Engelmann Anm. 6 zu § 1353, Anm. 5 zu § 1354, Anm. 10 zu § 1360, Anm. 8 zu § 1361; Planck § 1361 Anm. 24 u. 25; RGRK. Anm. 1 zu § 1360; RG. in JW. 1905 S. 682 u. a.

[29]) Staudinger-Engelmann § 1360 Anm. 5b und § 1361 Anm. 8; Planck § 1360 Anm. 13c; Wieruszowski S. 126.

[30]) RG. in JW. 1903 Beil. 87; RG. Warn. 1910 Nr. 156; ebenso Titze S. 54; Wieruszowski S. 72.

[31]) Planck § 1361 Anm. 3 und 25; Staudinger-Engelmann § 1360 Anm. 10; RG. bei Warn. 1911 Nr. 223 u. 1914 Nr. 192; 1922 Nr. 34; RG. in LZ. 1919/250 ff.; 1920/826.

ſolchen Vereinbarung meiſt der Zweck verfolgt, für die Zukunft jede Auseinanderſetzung ſowie die Möglichkeit ſpäterer Streitigkeiten zu vermeiden. Die Höhe des zu zahlenden Unterhaltes ſoll alſo hier ein für allemal feſtſtehen. Jedoch müßte m. E., wenn die Vereinbarung unabänderlich gelten ſoll, die herrſchende Meinung von ihrem Standpunkt aus einen unzuläſſigen teilweiſen Verzicht des Unterhaltsberechtigten auf ein ihm nach § 1360 zuſtehendes Recht annehmen, auf das Recht nämlich, daß die Höhe des Unterhaltsanſpruchs ſich nach dem Stand, dem Vermögen und den Erwerbsverhältniſſen des Verpflichteten zu richten hat. Wenn ſich alſo die Einkommensverhältniſſe des zumeiſt unterhaltsverpflichteten Mannes beſſern ſollten, kann die Ehefrau nach dem Vertrag einen erhöhten Unterhaltsanſpruch nicht geltend machen. Daher würde ein ſolcher Vertrag der von der herrſchenden Meinung vertretenen Anſicht, wonach auch ein teilweiſer Verzicht auf den Unterhalt unmöglich iſt, widerſprechen[32]).

Indeſſen iſt m. E. eine andere Beurteilung ſolcher Verträge über die Regelung der Unterhaltshöhe geboten. Es iſt davon auszugehen, daß jedem Vertrag auf Zahlung einer Unterhaltsrente die clausula rebus sic stantibus innewohnt, und daß eine andere Vertragsauslegung nur unter beſonderen Umſtänden gerechtfertigt iſt. Würden die Parteien die Geltung der clausula ausdrücklich ausſchließen, ſo wäre das nur bedingt gültig, und nur wenn die Vorausſetzungen des Abſ. 2 des § 1361 vorliegen, wenn nämlich die Ehefrau mit Rückſicht auf ihre eigenen Vermögens- und Erwerbsverhältniſſe zur Zeit des Vertragsabſchluſſes und — ſoweit vorausſehbar — noch lange Zeit in der Lage iſt, ſich ſelbſt zu unterhalten oder nur auf einen Beitrag vom Manne angewieſen iſt. Aber auch eine derartige Vereinbarung würde unwirkſam, ſobald ſich die Vermögensverhältniſſe der Frau weſentlich zu ihrem Nachteile verändern. Ein Ausſchluß der Geltung der clausula wäre alſo auch nur unter der auflöſenden Bedingung gültig, „wenn und ſolange der unterhaltsberechtigte Ehegatte ſich vollſtändig oder zum Teil ſelbſt zu unterhalten in der Lage iſt“. In allen übrigen Fällen liegt bei vertraglicher Feſtſetzung der Unterhaltshöhe wegen der Geltung der clausula keinesfalls ein unzuläſſiger teilweiſer Verzicht auf Unterhalt vor, denn bei weſentlich veränderten Verhältniſſen kann jeder Eheteil ſein Recht auf Kündigung und auf anderweitige vertragliche Regelung

[32]) So z. B. OLG. Hamburg im Recht 1912 Nr. 2675.

geltend machen. Selbſtverſtändlich darf eine vertragliche Feſtſetzung der der Ehefrau verſprochenen Unterhaltsrente nicht unter dem Exiſtenzminimum liegen (§ 138 BGB), es muß ihr ein ſtandesgemäßes Auskommen möglich ſein.

Erwähnenswert iſt, daß die reichsgerichtliche Rechtſprechung zur Frage, ob veränderte Umſtände bei der Höhe der zu zahlenden Unterhaltsrente zu berückſichtigen ſind oder nicht, ſehr gewechſelt hat. In den Jahren vor dem Kriege wurde vom Reichsgericht faſt durchweg der Standpunkt vertreten, daß Anſprüche aus Unterhaltsverträgen im Gegenſatz zu rechtskräftig feſtgeſtellten Unterhaltsanſprüchen bei veränderten Verhältniſſen grundſätzlich nicht herab- oder heraufgeſetzt werden könnten, es ſei denn, daß der Verpflichtete ſich in dieſer Beziehung durch einen ausdrücklichen oder ſtillſchweigenden Vorbehalt im Vertrage geſichert habe[33]). In der ſpäteren Rechtſprechung des Reichsgerichtes[34]), die ſchon während der Kriegsjahre eingeſetzt hat, iſt dieſe Anſicht fallen gelaſſen und für Unterhaltsverträge ausgeſprochen worden, daß ſie zu jener Gattung von Verträgen gehörten, bei denen nach Treu und Glauben und nach der Verkehrsſitte auf die nachträgliche Geſtaltung der Vermögensverhältniſſe weitgehend Rückſicht genommen werden müſſe. § 323 ZPO. kann hier allerdings zur Begründung der Geltung der clausula nicht herangezogen werden, da er keine materielle Norm zur Auslegung von Verträgen auf künftig fällig werdende wiederkehrende Leiſtungen enthält, ſondern nur ein rein prozeſſualer Rechtsbehelf iſt[35]). Auch iſt dieſe Vorſchrift nur dann anwendbar, wenn über die Verpflichtung zur Rentenzahlung bereits ein rechtskräftiges Urteil ergangen iſt[36]).

Zuläſſig iſt auch jede Vereinbarung, wonach eine Erhöhung der geſetzlichen Unterhaltspflicht beſtimmt wird[37]). Der Ehemann kann ſich alſo

---

[33]) RG. in JW. 1903 S. 147; RG. bei Warn. 1911 Nr. 223; 1913 Nr. 206; vgl. auch RGRK. zu § 1361 Anm. 8.

[34]) RG. bei Warn. 1917 Nr. 240; RG. LZ. 1918, 957 und 1340; LZ. 1920, 826; RG. bei Warn. 1921 Nr. 74, 1922 Nr. 54, RGZ. 106, 235; ebenso OLG. Frankfurt in JW. 1925, 395; RGRK. Anm. 8 zu § 1361.

[35]) Vgl. Baumbach zu § 323 Anm. 5; RG. Warn. 1914 Nr. 293; RG. in JW. 1919, 502.

[36]) RG. in JW. 1914, 943; Planck Anm. 25 zu § 1361. Planck hält eine den veränderten Umständen entsprechende Abänderung des Vertrages auch dann für möglich, wenn er gerichtlich oder notariell geschlossen ist.

[37]) Staudinger-Engelmann § 1360 Anm. 10; OLG. Hamburg Recht 1912 Nr. 2675.

auch verpflichten, der Frau ohne Rückſicht auf ihren etwaigen Arbeitsverdienſt oder ſonſtige Einkünfte eine beſtimmte, gleichbleibend hohe Rente zu zahlen. Jedoch beſteht auch für eine ſolche Vereinbarung neben der Berückſichtigung des § 138 die Grenze, daß die Parteien einen völligen Ausſchluß der im § 1361 Abſ. 2 gegebenen Billigkeitsvorſchrift nicht feſtſetzen können.

Vereinbarungen, die beim Vorliegen der Vorausſetzungen des § 1361 die *Art und Weiſe* der Unterhaltsgewährung während des Getrenntlebens näher regeln, werden mit Recht allgemein für zuläſſig gehalten[38]). So iſt es z. B. möglich, daß der Ehefrau neben der Gewährung einer Geldrente das Recht eingeräumt wird, in der bisher gemeinſamen Wohnung zu verbleiben, oder beſtimmt wird, daß ſie neben der Geldrente noch Naturalien vom Manne erhalten ſoll, wie es in ländlichen Kreiſen vielfach üblich iſt. Nicht jedoch wäre eine Vereinbarung gültig, wonach nur Naturalien oder nur eine Wohnung vom Manne geſtellt werden ſoll, weil die grundſätzliche Verpflichtung zur Zahlung einer Rente nicht abdingbar iſt[39]). Aus dieſem Grunde iſt auch ein Abkommen, wonach nicht eine Geld*rente*, ſondern jeweils verſchiedene, dem Einkommen des Mannes angepaßte Geld*beträge* verſprochen werden, unwirkſam, weil das Geſetz im Gegenſatz zu § 1360 im § 1361 ausdrücklich die Zahlung einer Geld*rente* vorſchreibt, der Unterhaltsverpflichtete alſo regelmäßig eine feſtbeſtimmte, wiederkehrende Geldſumme zahlen ſoll[40]). Nur unter den beſonderen Vorausſetzungen des § 1361 Abſ. 2 iſt die Zahlung eines veränderlichen Beitrages zuläſſig, wonach wiederum nicht allein der Geſichtspunkt maßgebend iſt, ob die Ehefrau eigenes Vermögen hat oder ſich durch eigenen Erwerb ſelbſt unterhalten kann, ſondern wonach die beiderſeitigen Verhältniſſe der Ehegatten berückſichtigt werden müſſen[41]). Die ſich trennenden Ehegatten können ferner vereinbaren, welche Haushaltungsgegenſtände dem Manne verbleiben ſollen und welche an die Frau herauszugeben ſind (§ 1361 Abſ. 1 S. 2).

---

[38]) Staudinger-Engelmann § 1361 Anm. 8; Planck § 1361 Anm. 25; Wieruszowski S. 126; RG. bei Warn. 1911 Nr. 108 u. 223; Warn. 1913 Nr. 188; RG. in JW. 1905, 436 ff.; RGZ. 61, 51; 109, 137; RG. bei Gruch. 50, 378 ff.; RG. in Seuff. Arch. 67/67.

[39]) So Wieruszowski S. 93.

[40]) So Wieruszowski S. 80 Anm. 35; Braß S. 26.

[41]) Planck § 1361 Anm. 17; RG. bei Warn. 1910 Nr. 136; RG. in JW. 1912, 351.

Auch eine anderweitige Regelung über den Zeitabſchnitt, für den die Rentenzahlung erfolgen ſoll, kann getroffen werden, ſo beiſpielsweiſe daß die Rente alle ſechs Wochen oder jeden Monat im voraus oder erſt nach Ablauf von drei Monaten uſw. gezahlt werden ſoll. Zwar wird im § 1361 auf die Vorſchriften der §§ 760 ff. verwieſen, aber § 760 ſelbſt iſt dispoſitiver Natur[42]); Gläubiger und Schuldner können hiernach jede Abweichung hinſichtlich der Zahlungstermine vereinbaren. Zu Unrecht hält Wieruszowſki[43]) die geſetzliche Regelung des § 760 für den Fall des § 1361 für zwingend, jeder anderweitigen vertraglichen Regelung durch die Parteien, im Gegenſatz zu einer anderweitigen richterlichen Feſtſetzung[44]), für unzugänglich. Anders ſei es nur dann, wenn es ſich um die Vereinbarung einer Vorauszahlung für längere Zeitabſchnitte handele, denn der Unterhaltsberechtigte erhalte dadurch eine Sicherung, die noch über das vom Geſetz geforderte Maß hinausgehe. Letzteres iſt richtig, denn da im Falle einer Vorausleiſtung die Befreiung des Unterhaltsverpflichteten bei erneuter Bedürftigkeit des Unterhaltsberechtigten nur für drei Monate eintritt (§§ 1361, 1360, 1614 Abſ. 2 und 760 Abſ. 2), kann bei Vereinbarung langer Zahlungsabſchnitte der Unterhaltsberechtigte nie ſchlechter daſtehen als nach der geſetzlichen Regelung. Soweit es ſich jedoch um die Vereinbarung kürzerer Zahlungstermine handelt, iſt m. E. die Anſicht Wieruszowſkis nicht begründet. Es ſpricht kein Grund dagegen, § 760 für den Fall des § 1361 nicht ebenſo anzuwenden wie im Schuldrecht. Andernfalls hätte es vom Geſetzgeber im § 1361 eines beſonderen Hinweiſes auf eine abweichende Anwendung bedurft. Die Unabdingbarkeit der geſetzlich beſtimmten Zahlungsabſchnitte kann auch nicht daraus gefolgert werden, daß eine hiervon abweichende Feſtſetzung den Unterhaltsberechtigten in ſeiner Rechtsſtellung unzuläſſig ſchmälern würde. Vielmehr wird eine abweichende Regelung häufig im Intereſſe des Unterhaltsberechtigten liegen; ſo wird beiſpielsweiſe eine Vereinbarung monatlicher oder halbmonatlicher Rentenzahlung angeſichts des Umſtandes, daß der überwiegende Teil aller Gehälter monatlich, oder bei Beamten am Letzten und am Zehnten eines jeden Monats ausgezahlt wird, meiſt im Intereſſe beider Parteien liegen. Eine vierteljährliche Auszahlung der Rente wird dem Unterhaltsverpflichteten in vielen Fällen tatſächlich un-

---

[42]) Staudinger II, 2 zu § 760 Anm. 1.
[43]) S. 80 Anm. 36.
[44]) Wieruszowski S. 93.

möglich ſein. Beſtünde der Unterhaltsberechtigte auf vierteljährlicher Auszahlung, ſo würde er den Unterhaltsverpflichteten wirtſchaftlich gefährden und damit für die Zukunft auch ſich ſelbſt.

Alle zur Regelung der Unterhaltsgewährung gemäß § 1361 abgeſchloſſenen Verträge, ſoweit ſie nach dem Vorſtehenden gültig ſind, gelten grundſätzlich nur für eine unbeſtimmte Zeit. Sie werden hinfällig, wenn die Vorausſetzungen des berechtigten Getrenntlebens wegfallen, wenn die Ehe aufgelöſt wird, wenn der Scheidungsgrund durch Verzeihung wieder weggefallen iſt, oder wenn das Herſtellungsverlangen des anderen Ehegatten ſich nicht mehr als Mißbrauch ſeiner Rechte gemäß § 1353 Abſ. 2 darſtellt. Die Parteien können aber auch die Dauer eines ſolchen Vertrages auf eine beſtimmte Zeit begrenzen, wenn ſie der Meinung ſind, damit vorſorglich der Entwicklung der Dinge Rechnung zu tragen[45]). Iſt die Gültigkeit eines ſolchen Vertrages für einen beſtimmten Zeitabſchnitt gedacht, der aber über die vorausſichtliche Dauer des Vorliegens von berechtigten Trennungsgründen hinausgeht, ſo iſt anzunehmen, daß dieſer Vertrag mindeſtens für die Zeit des berechtigten Getrenntlebens gelten ſoll (§ 157 BGB.)[46]). Sind ſonach Unterhaltsverträge zwiſchen getrennt lebenden Ehegatten ihrem Weſen nach grundſätzlich zeitlich begrenzt, ſo kann doch in Ausnahmefällen auch ein Vertrag, der für die ganze fernere Lebenszeit eines oder beider Ehegatten Gültigkeit haben ſoll, zuläſſig ſein. Das Reichsgericht[47]) führt hierzu aus: Wenn vorauszuſehen iſt, daß der verweigernde Ehegatte ein dauerndes Verweigerungsrecht haben wird, iſt auch eine Vereinbarung gültig, wonach dem unterhaltsberechtigten Ehegatten eine lebenslängliche Rente gewährt werden ſoll.

Von beſonderem Intereſſe ſind diejenigen Fälle, in denen ein berechtigter Grund zum Getrenntleben, alſo ein Recht auf Verweigerung der ehelichen Lebensgemeinſchaft oder ein Scheidungsgrund fehlt oder das Recht zum Getrenntleben und die tatſächliche Weigerung zum Zuſammenleben auseinanderfallen. Wenn beiſpielsweiſe der unterhaltsverpflichtete Ehemann ſeine Frau grundlos verſtößt oder ſich unberechtigter Weiſe von der häuslichen Gemeinſchaft fernhält, ſo iſt nach herrſchender Anſicht[48]) die Vor-

[45]) Planck § 1360 Anm. 9.

[46]) So RG. bei Warn. 1913 Nr. 188.

[47]) RG. 109, 137 und RG. in JW. 1925, 943 ff.

[48]) RG. in JW. 1902, 215; JW. 1905, 203; RG. i. Recht 1910 Nr. 1264; 1921 Nr. 1384; RG. Warn. 1910 Nr. 156; 1914 Nr. 192; 1921 Nr. 74; 1923 Nr. 14; OLG. Bd. 12, 300; 18, 255; 30, 58; RGRK. § 1361 Anm. 7.

ſchrift des § 1361 für die Unterhaltsanſprüche der Ehefrau entſprechend anzuwenden. Entfernt ſich allerdings die Ehefrau grundlos von der häuslichen Gemeinſchaft, ſo richtet ſich ihr Unterhaltsanſpruch grundſätzlich weiter nach § 1360, da jedoch tatſächlich die Unterhaltsgewährung in häuslicher Gemeinſchaft unmöglich geworden iſt, wird der Ehemann von ſeiner Unterhaltspflicht befreit und kann auch ſpäter nicht deswegen in Anſpruch genommen werden. Sehr häufig werden in dieſen und anderen Fällen des unberechtigten, d. h. vom Geſetz nicht genannten und anerkannten Fällen des Getrenntlebens Vereinbarungen zwiſchen den Ehegatten über die Unterhaltsgewährung getroffen, die nur zum Teil gültig ſind. Ein Vertrag beiſpielsweiſe, der ein dauerndes Getrenntleben der Ehegatten bezweckt und die Klage auf Herſtellung des ehelichen Lebens auf immer ausſchließen will, iſt wegen Geſetzesumgehung und Sittenwidrigkeit nichtig (§§ 134, 138)[49]). Gleiches gilt von Verträgen, nach denen durch die Zuwendung von größeren Vermögensvorteilen ein dauerndes Getrenntleben der Ehegatten erleichtert oder erſt ermöglicht werden ſoll. Auch wenn ein berechtigter Trennungsgrund vorhanden iſt, iſt nach herrſchender Meinung regelmäßig zu prüfen, ob dieſer Grund für den Entſchluß zum Getrenntleben allein beſtimmend war oder ob die vereinbarte Vermögenszuwendung zum ausſchlaggebenden Faktor für die Trennung wurde[50]). Beabſichtigt beiſpielsweiſe die Ehefrau, ohne Grund von ihrem Manne getrennt zu leben, und ſetzt ihr nun der Mann vertraglich eine ſehr hohe Geldrente aus, ſo iſt mit der herrſchenden Meinung[51]) anzunehmen, daß die der Frau gewährten Vermögensvorteile ihr das unberechtigte Getrenntleben für die Dauer ſichern ſollen, und ein ſolcher Vertrag würde wegen Verſtoßes gegen die guten Sitten nichtig ſein. Das gleiche gilt von einem Vertrag, wonach der Ehefrau, die unberechtigt bereits die häusliche Gemeinſchaft verlaſſen hat, als Gegenleiſtung für ihren Verzicht auf die Rückkehr in die gemeinſchaftliche Häuslichkeit und auf Unterlaſſung jeglichen Wiederannäherungsverſuches beſondere Vermögensvorteile gewährt werden. Ebenſo iſt die Zuſicherung einer Unterhaltsrente als Gegenleiſtung für das Verſprechen der Ehefrau, zuerſt die Herſtellungs- und dann ſpäter die Scheidungsklage wegen böslichen Verlaſſens einzu-

[49]) Staudinger-Engelmann § 1353 Anm. 6; RG. bei Warn. 1911 Nr. 108; Warn. 1913 Nr. 399; RG. Recht 1917 Nr. 564; Bay. ObLG. 9, 440.

[50]) RG. in JW. 1920, 640; s. auch weitere Entscheidungen bei Staudinger-Engelmann § 1353 Anm. 6.

[51]) Vgl. RG. in JW. 1905, 637; Seuff. Arch. Bd. 66, 173; Planck § 1353 Anm. 17.

reichen, mit Recht wegen Sittenwidrigkeit für nichtig erklärt worden[52]).

Im Gegenſatz zur herrſchenden Meinung hält Planck[53]) eine Vereinbarung über die Gewährung von Unterhalt bei unberechtigtem Getrenntleben grundſätzlich für gültig, und nur dann nicht, wenn im Einzelfall ein direkter Verſtoß gegen § 138 vorliegt. Eine ſolche Vereinbarung ſoll nach Planck nur dann gegenſtandslos werden, wenn ein Ehegatte wieder die Herſtellung des ehelichen Lebens verlangt, weil auf dieſes Recht nicht wirkſam verzichtet werden kann.

Bezweckt eine derartige Vereinbarung, ein zeitweiſes Getrenntleben zu ermöglichen, ohne daß im Sinne des Geſetzes berechtigte Trennungsgründe vorliegen, ſo iſt ſie m. E. auch dann für zuläſſig und bindend zu halten, wenn andere wichtige Gründe vorliegen, die geeignet ſind, nach ſittlichen Anſchauungen ein Getrenntleben zu rechtfertigen. Denn die im Geſetz genannten Trennungsgründe ſind nicht ſo eng aufzufaſſen, daß in jedem Falle ein Trennungsabkommen dann, wenn weder ein Scheidungsgrund gegeben iſt, noch die Herſtellung des ehelichen Lebens zu Recht verweigert werden darf, gegen die guten Sitten verſtoßen muß und deshalb für nichtig zu erachten iſt. Ein anderer wichtiger, das Getrenntleben rechtfertigender Grund kann beiſpielsweiſe auch dann gegeben ſein, wenn zwiſchen den Ehepartnern zur Zeit große Spannungen und Differenzen beſtehen, die ein ferneres Zuſammenleben zunächſt unmöglich erſcheinen laſſen, ohne daß ſchon ein Scheidungs- oder Verweigerungsgrund vorliegt, und die Vereinbarung auf Getrenntleben dazu dienen ſoll, eine gegenſeitige Beruhigung oder Sinnesänderung zu bewirken[54]). Auch rein *wirtſchaftliche* Gründe, wie die Ermöglichung günſtigerer Erwerbsbedingungen, die Einſparung von Ausgaben uſw. können einen gerechtfertigten Grund für den Abſchluß eines ſolchen Vertrages bilden[55]). Hierzu würde auch eine Trennungsvereinbarung zu rechnen ſein, wonach die Ehefrau mit den gemeinſchaftlichen Kindern ſo lange zu ihren Eltern ziehen ſoll, bis der Mann eine auskömmliche Stellung hat. Außerdem kann eine Vereinbarung auf Getrenntleben gerechtfertigt ſein, wenn — wie in den ein-

---

[52]) OLG. Hamburg Recht 1912 Nr. 2675.

[53]) § 1361 Anm. 18 u. Anm. 25.

[54]) Ebenso RG. in JW. 1901, 781; RG. bei Warn. 1911 Nr. 183; 1913 Nr. 188; RG. Recht 1916 Nr. 391; 1909 Nr. 189; KG. in OLG. Bd. 2, 201; Planck § 1353 Anm. 17.

[55]) Ebenso OLG. Frankfurt in OLG. Bd. 7, 458; vgl. auch Dernburg § 32 II.f

gangs der Arbeit Seite 3—5 genannten Fällen — der Ehemann aus beruflichen Gründen den bisherigen gemeinschaftlichen Wohnort verlassen muß, die Ehefrau aber mit Rücksicht auf alte Eltern oder sonstige Verwandte, auf schulpflichtige Kinder, deren Umschulung nicht zweckmäßig erscheint, an dem bisherigen Wohnort wohnen bleiben soll.

Die Rechtsprechung erkennt mit wenigen Ausnahmen wirtschaftliche Gründe nicht als berechtigte Trennungsgründe an; dennoch versagt die herrschende Meinung einem aus solchem Grund abgeschlossenen Vertrage nicht jede Wirksamkeit, denn es kann ein dem Vertrag zuwiderlaufendes Herstellungsverlangen eines Ehegatten ein Mißbrauch seines Rechtes sein[56]). Vielfach ist vom Reichsgericht und anderen oberen Gerichten[57]) entschieden worden, daß der unterhaltspflichtige Ehegatte, der mit dem unberechtigten Getrenntleben des anderen einverstanden ist, zur Zahlung von Unterhalt durch Leistung einer Geldrente verpflichtet ist. Auch wird eine Trennungsvereinbarung dann für gültig gehalten, wenn die Parteien von der irrigen Vorstellung[58]) ausgegangen sind, daß ihnen ein Trennungsgrund zur Seite stände.

Wenn nun eine einseitige Zustimmung des einen Ehegatten zu dem unberechtigten Getrenntleben des anderen oder auch die irrige Vorstellung über das Vorliegen von Trennungsgründen die Folgen aus § 1361 rechtswirksam erzeugen kann, warum sollte das gleiche nicht auch durch eine beiderseitige Übereinkunft erreicht werden können! Planck und einige Entscheidungen des Reichsgerichts und Kammergerichts[59]) sprechen sich denn auch für die Anwendung des § 1361 im Falle des Getrenntlebens auf Grund beiderseitigen Einverständnisses aus. Dagegen sind Staudinger, Opet

---

[56]) RG. in JW. 1901, 781 und in JW. 1908, 406; OLG. Frankfurt in OLG. Bd. 7, 458; ebenso Dernburg § 32 II; Staudinger-Engelmann § 1353 Anm. 6, § 1354 Anm. 5, § 1360 Anm. 10 u. § 1361 Anm. 8.

[57]) RGZ. 26, 18; 64, 18; RG. im Recht 1919 Nr. 1482; RG. bei Warn. 1924 Nr. 14; RG. in JW. 1923, 292; Staudinger-Engelmann zu § 1360 Anm. 4d; RGRK. zu § 1361 Anm. 4, vgl. die dort angegebenen weiteren Entscheidungen.

[58]) RG. in JW. 1920, 640; RG. bei Gruch. 64, 611. Jedoch wird hier darauf hingewiesen, daß bei der Annahme der Gültigkeit von Verträgen bei irrtümlich angenommenen Trennungsgründen größte Vorsicht geboten sei.

[59]) Planck § 1361 Anm. 23, 25; RGZ. 26, 18 (IV); 64, 18 (IV); RG. in LZ. 1921, 381; RG. Gruch. 50, 378; KG. in OLG. 2, 201.

und v. Blume und die Mehrzahl der Schriftſteller, die dieſe Fragen behandelt haben[60]).

M. E. verdient die Anſicht den Vorzug, wonach für die Fälle des Getrenntlebens auf Grund beiderſeitigen Einverſtändniſſes zumindeſt eine *entſprechende* Anwendung des § 1361 für die Unterhaltsgewährung geboten iſt. Entſcheidend für die Gültigkeit ſolcher Trennungs- und Unterhaltsvereinbarungen iſt allein, ob die zur Trennung führenden Gründe nach Billigkeitsgrundſätzen und unter Abwägung der höher zu bewertenden Belange anzuerkennen ſind und kein Verſtoß gegen die guten Sitten vorliegt. Für die Gültigkeit oder Ungültigkeit derartiger Vereinbarungen läßt ſich keine Regel aufſtellen, ſondern nur ein Rahmen aufzeigen, innerhalb deſſen für jeden Fall zu prüfen iſt, ob die Beweggründe, die die Ehegatten zum Abſchluß eines ſolchen Vertrages führten, noch als gerechtfertigt anzuerkennen ſind. Laune, Willkür oder unſittliche Motive können ſelbſtverſtändlich keinen berechtigten Trennungsgrund abgeben[61]).

Es bleibt noch die Frage zu erörtern, ob Vereinbarungen getrennt lebender Ehegatten über die Unterhaltspflicht auch dann wirkſam ſind, wenn nicht feſtſteht bzw. nicht nachweisbar iſt, ob die Ehegatten einen berechtigten Grund zum Getrenntleben haben oder nicht. Hierher gehören namentlich Prozeßvergleiche, die im Laufe eines Verfahrens geſchloſſen werden, in denen die Ehefrau auf Grund der vom Ehemann beſtrittenen Behauptung, ſie habe einen Grund zum Getrenntleben, von dieſem die Zahlung ihrer Unterhaltsrente verlangt. So iſt vom Reichsgericht[62]) folgender Fall entſchieden worden: In einem früheren Prozeß der Ehegatten war zwiſchen den Parteien ſtrittig, ob die auf Unterhalt klagende Frau zum Getrenntleben berechtigt war oder nicht. Der Ehemann hatte ſich im Vergleichswege bereit erklärt, ſeiner von ihm getrennt lebenden Frau eine Rente, aber nur in der geringen Höhe von 30 RM. monatlich zu zahlen. Dieſer Vergleich wurde vom Reichsgericht für wirkſam gehalten. Es iſt dies ein Grenzfall; man könnte auch verſucht ſein, nach den ſonſt von der herrſchenden Meinung vertretenen Grundſätzen eine unzuläſſige Ermög-

---

[60]) Staudinger-Engelmann § 1361 Anm. 2; Opet-v. Blume § 1361 Bem. 1; vgl. auch RG. i. Recht 1903 Nr. 1557.

[61]) Vgl. Planck § 1361 Anm. 23.

[62]) RG.-U. vom 23. 9. 1918 in LZ. 1919, 250 ff. (IV. Senat).

lichung oder Erleichterung des Getrenntlebens anzunehmen[63]) ſowie einen unzuläſſigen Verzicht der Ehefrau auf einen Teil der ihr für die Zukunft zuſtehenden Unterhaltsrente. Wie indeſſen ſchon geſagt, iſt auch vom Standpunkt der herrſchenden Lehre ein zuläſſiges Getrenntleben dann anzunehmen, wenn die Frau ohne berechtigten Grund die gemeinſchaftliche Häuslichkeit verlaſſen hat, der Mann ſich aber nachträglich mit dem Getrenntleben einverſtanden erklärt hat. In einem ſolchen Falle kann der Ehemann auch ſein Einverſtändnis zum Getrenntleben unter einer Bedingung erklären, z. B. unter der Bedingung, daß der Unterhaltsanſpruch nur in einer beſtimmten Höhe geltend gemacht wird. So war es in der eben genannten Reichsgerichtsentſcheidung[64]). In dieſem Fall liegt aber kein unzuläſſiger Verzicht der Frau auf einen ihr zuſtehenden Unterhaltsanſpruch vor, wie ſich aus folgender Erwägung ergibt: Hat die Ehefrau keinen berechtigten Grund zum Getrenntleben — in dem geſchloſſenen Vergleich blieb es dahingeſtellt —, ſo hat ſie keinen Anſpruch auf eine Geldrente, der Ehemann iſt ihr vielmehr nur zur Naturalunterhaltsgewährung gemäß § 1360 Abſ. 3 verpflichtet. Vereinbaren daher die Ehegatten, daß der Mann der Frau eine Geldrente zahlen ſoll, ſo tut er mehr als er zu tun verpflichtet iſt, denn einen Rentenanſpruch hat die Frau nicht, und ihren Anſpruch nach § 1360 Abſ. 3 behält ſie weiter. Von einem Verzicht auf Unterhaltsanſprüche kann ſolchenfalls nicht die Rede ſein. Unterſtellt man aber, der Ehefrau ſtünde tatſächlich ein Grund zum Getrenntleben zur Seite, ſo iſt es fraglich, ob in dem genannten Vergleich in Anbetracht der geringen Höhe der Rente nicht ein von der herrſchenden Meinung für unzuläſſig gehaltener teilweiſer Unterhaltsverzicht für die Zukunft anzunehmen wäre und der Vergleich aus dieſem Grunde für unzuläſſig gehalten werden müßte. Das Reichsgericht lehnt dies jedoch mit der Begründung ab, daß durch den Vergleich die Ehefrau nicht gehindert wäre, einen höheren Rentenanſpruch einzuklagen, nur müſſe ſie dann nachweiſen, daß ſie aus irgendeinem Grunde auch gegen das Einverſtändnis ihres Mannes berechtigt ſei, von dieſem getrennt zu leben. Damit erkennt alſo das Reichsgericht die Wirkſamkeit einer vergleichsweiſen Regelung

---

[63]) Staudinger-Engelmann § 1353 Anm. 6, § 1361 Anm. 8; Planck § 1353 Anm. 13c, § 1361 Anm. 25; RG. b. Warn. 1911 Nr. 108; RG. in JW. 1914, 356; 1920, 640; RGZ. 61, 50; 109, 137.

[64]) Vgl. Fußnote 62.

der Unterhaltspflicht an, ſpricht ihr aber nur eine beſchränkte bindende Kraft zu. — M. E. iſt einem ſolchen Vergleich wie dem genannten unbedenklich bindende Kraft zuzuerkennen, vorausgeſetzt nur, daß die Ehefrau auf Grund ihrer eigenen Einkommensverhältniſſe in der Lage iſt, ſich ſtandesgemäß zu unterhalten. Wird ein Vergleich unter dieſen Vorausſetzungen geſchloſſen, ſo liegt ein unzuläſſiger Unterhaltsverzicht der Ehefrau keinesfalls vor. Nur beim Eintritt weſentlich veränderter Verhältniſſe würde die Bindung der Parteien an den Vergleich fortfallen. Eine darüber hinaus getroffene Abrede der Parteien, wonach die vereinbarte Unterhaltsregelung auch ohne Rückſicht auf die Entwicklung der Verhältniſſe gelten ſoll, wäre unzuläſſig. Indeſſen wird im Wege der Auslegung ein ſolcher Unterhaltsvertrag zwiſchen den Parteien als in der angegebenen Weiſe bedingt geſchloſſen anzuſehen ſein.

VIII. ABSCHNITT.

Vereinbarungen der Ehegatten über die gemeinschaftlichen Kinder.

A. Bei beſtehender Ehe.

Die elterliche Gewalt umfaßt einmal die Perſonenfürſorge, ſodann die Vermögensfürſorge und die Vertretung in beiden Angelegenheiten ſowie das Nutznießungsrecht am Kindesvermögen (§§ 1627 ff. und 1649). Alle dieſe Befugniſſe und Aufgaben ſtehen während beſtehender Ehe grundſätzlich dem Vater allein zu (§§ 1627 und 1630). Nur die Perſonenfürſorge als Teil der elterlichen Gewalt ſteht nach dem Geſetz der Mutter neben dem Vater als Recht und Pflicht zu (§ 1634). Deswegen ſpricht der Geſetzgeber nicht von väterlicher, ſondern von elterlicher Gewalt. Er geht von einem beiden gemeinſam zuſtehenden Recht aus, wenngleich der Vater, ſolange er lebt, den Ausſchlag zu geben hat. Abgeſehen von der Perſonenfürſorge iſt er nach dem Geſetz alleiniger Inhaber der elterlichen Gewalt[1]). Daraus folgt, daß die Ehegatten Vereinbarungen über ihre Rechtsbeziehungen zu den gemeinſchaftlichen Kindern grundſätzlich nur hinſichtlich der Perſonenfürſorge treffen können. Dieſe Sorge umfaßt nach dem Geſetz das Recht und die Pflicht der Erziehung, Beaufſichtigung und der Aufenthaltsbeſtimmung ſowie der Anwendung von geeigneten Zuchtmitteln (§ 1631). Aus dem Recht der Perſonenfürſorge entſpringt ferner das Recht, die Herausgabe des Kindes von jedem zu verlangen, der es dem Fürſorgeberechtigten widerrechtlich vorenthält (§ 1632).

---

[1]) Clara Eck in Bürg. Arch. Bd. 41 S. 152 und Marie Munk in JW. 1925 S. 309 behaupten daher, daß es in Wahrheit nur eine väterliche und keine elterliche Gewalt gebe, und daß der Gesetzgeber sich im Ausdruck vergriffen habe. — Gemeinschaftliche elterliche Gewalt beider Eltern kennen das dänische und das schwedische Recht.

Bei dem Recht und der Pflicht zur Perſonenfürſorge handelt es ſich um eine gemeinſchaftliche eheliche Angelegenheit. In zahlreichen Entſcheidungen hat ſich auch das Reichsgericht dahin ausgeſprochen[2]), ſo daß alſo die Vorſchriften über die allgemeinen Wirkungen der Ehe (§§ 1353 ff.) Anwendung zu finden hätten. Staudinger u. a.[3]) leugnen dies; jedoch iſt dem Standpunkt des Reichsgerichtes aus folgenden Gründen beizuſtimmen: Das Perſonenfürſorgerecht umfaßt zwei verſchiedene Rechtsverhältniſſe, einmal das Rechtsverhältnis zwiſchen den Eltern oder jedem Elternteil zu den gemeinſchaftlichen Kindern, und ſodann das Rechtsverhältnis der Eltern zueinander. Bei dem letzteren handelt es ſich um ein durch die Elterneigenſchaft begründetes Rechtsverhältnis, in dem die gegenſeitigen Befugniſſe hinſichtlich der gemeinſchaftlichen Kinder feſtgelegt und abgegrenzt ſind. Wenn auch nach § 1634 Satz 2 bei Meinungsverſchiedenheiten zwiſchen den Eltern die Meinung des Vaters vorgeht, ſo darf der Vater doch nicht willkürlich handeln; ſeine Rechte ſind durch die daneben beſtehenden Rechte der Mutter begrenzt.

Daß es ſich bei der Perſonenfürſorge tatſächlich um eine gemeinſchaftlich eheliche Angelegenheit handelt, ergibt ſich auch daraus, daß, wenn die Eltern getrennt leben und das Kind ſich bei der Mutter befindet, bei einer Klage des Vaters auf Herausgabe des Kindes, die Mutter und Ehefrau Einwendungen aus dem Rechtsverhältnis zum Ehemann geltend machen, insbeſondere den Mißbrauchseinwand nach § 1354 Abſ. 2 erheben kann[4]). Befindet ſich das Kind beim Vater, ſo kann unter Umſtänden die Mutter aus dem ehelichen Rechtsverhältnis einen eigenen Anſpruch auf Herausgabe des Kindes gegen den Ehemann herleiten[5]).

Verträge der Ehegatten über das Perſonenfürſorgerecht als einer gemeinſchaftlichen Angelegenheit ſind nun nach den allgemein für das perſönliche Eherecht entwickelten Grundſätzen ſoweit zuläſſig, als nicht zwingende Normen entgegenſtehen. So ſind Vereinbarungen der Ehegatten über die bei der Erziehung der Kinder zu wahrenden Grundſätze, über die

---

[2]) RGZ. 55, 419 ff.; 69, 96; RG. im Recht 1908 Nr. 778; bei Gruch. 51, 820 ff.; und in JW. 1912, 395 Nr. 15; JW. 1915, 1261 Nr. 6; RG. in LZ. 1915, 504; ebenso Dernburg § 74 VII; Endemann II, 2 § 169, 3a; Kipp § 79 VI Anm. 24.

[3]) Staudinger-Engelmann-Keidel zu § 1634 Anm. I, 1b, ß; Wetzel in Bürg. Arch. Bd. 26 S. 78 ff.; Opet-v. Blume zu § 1634 Anm. 7.

[4]) Siehe dieſelben Entſcheidungen des RG. wie Fußnote 2.

[5]) RG. Warn. 1902 Nr. 107; 1908 Nr. 222; 1913 Nr. 298 und RG. in JW. 1912 S. 395.

religiöſe Kindererziehung, über die Schul- und Berufsvorbildung, über die Ausübung des Züchtigungsrechtes, über den Aufenthalt des Kindes, über die Beſchaffung des Unterhaltes und die Laſtenverteilung — hier berühren ſich Unterhalts- und Fürſorgepflicht ſowie eheliches Güterrecht — gültig und durchaus nicht ſelten. Wie für das Rechtsverhältnis der Ehegatten im allgemeinen, ſo muß auch hinſichtlich ihrer gemeinſchaftlichen Kinder oberſter Grundſatz ſein, daß keine Maßnahme dem anderen Teile gegenüber mißbräuchlich ſein darf. Aus dieſem Geſichtspunkt heraus folgt, daß der Ehemann bei jeder Ausübung ſeines Entſcheidungsrechtes in Erziehungsfragen die Wünſche der Frau weitgehend zu berückſichtigen hat und ſich an die Vereinbarungen, die er in dieſer Beziehung mit der Ehefrau getroffen hat, halten muß. Weicht er ohne wichtigen Grund und ohne entſcheidende Veränderung der Verhältniſſe von den gemeinſam aufgeſtellten Grundſätzen und Abreden ab, ſo liegt darin eine mißbräuchliche Rechtsausübung. Weiterhin wird die Gültigkeit derartiger Vereinbarungen beſchränkt durch die den Kindern von Geſetzes wegen zuſtehenden unabdingbaren Rechte auf Erziehung, Pflege und Sorge für ihr leibliches und geiſtiges Wohl. Deshalb ſind alle Vereinbarungen der Ehegatten, ſoweit ſie den Rechten und den Intereſſen des Kindes widerſtreiten, hinfällig. Dies iſt auch aus § 1666 zu folgern, wonach, wenn der Vater bei Ausübung ſeines Perſonenfürſorgerechtes mißbräuchlich handelt, das Vormundſchaftsgericht einzugreifen und die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßnahmen zu treffen berechtigt iſt. Entſprechendes gilt für die Mutter, wenn ihr gemäß § 1684 die Perſonenfürſorge allein zuſteht (§§ 1684, 1685, 1686).

Da die Sorge für die Perſon des Kindes nicht nur ein Recht, ſondern auch eine Pflicht des Vaters und der Mutter iſt, kann mit rechtsverbindlicher Kraft weder einſeitig noch durch Vertrag darauf verzichtet werden[6]). Das Perſonenfürſorgerecht iſt als Teil der Rechte aus der elterlichen Gewalt ein höchſtperſönliches und abſolutes Recht. Wegen dieſer ſeiner Natur wird ſeine Übertragung auf eine dritte Perſon mit Recht allgemein für

---

[6]) So die herrſchende Meinung vgl. Staudinger-Engelmann-Keidel § 1632 Anm. I, 2b/ß und § 1631 Anm. I, 5c u. d; RGRK. zu § 1631 Anm. 2; Kipp § 87a S. 371. — Die Nichtigkeit eines ſolchen Verzichtes wird zuweilen auch aus § 138 hergeleitet, während Danziger S. 20 ff. ſie mit rechtlicher Unmöglichkeit (§ 306) begründet.

unzuläſſig gehalten[7]). Zuläſſig iſt jedoch nach herrſchender Anſicht[8]) eine *Übertragung des Perſonenfürſorgerechtes der Ausübung nach.* Sie wird in vielen Fällen im Intereſſe der Erziehung und der Ausbildung des Kindes liegen und deshalb erforderlich ſein. Die Übertragung des Perſonenfürſorgerechtes, insbeſondere des Erziehungsrechtes der Ausübung nach, wird nicht nur dann für zuläſſig erachtet, wenn der Vater, dem ja das Entſcheidungsrecht zuſteht, ſie auf einen Dritten überträgt — das Kind in eine Erziehungsanſtalt oder in eine Lehre gibt —, ſondern die Überlaſſung der Ausübung nach iſt auch von einem Ehegatten auf den anderen möglich. Schlechthin ausgeſchloſſen iſt jedoch die Übertragung der Ausübung nach, ſoweit es ſich um die aus der Perſonenfürſorge entſpringende Vertretungsmacht handelt[9]).

Während beſtehender Ehe und bei häuslichem Zuſammenleben der Ehegatten haben jedoch alle derartigen Abmachungen meiſt keine praktiſche Bedeutung. — Leben die Ehegatten nicht im Rechtsſinne getrennt, ſondern findet nur eine vorübergehende Trennung der Ehegatten ſtatt, oder iſt der Vater aus ſonſtigen Gründen an der Ausübung der Perſonenfürſorge verhindert, oder ruht die elterliche Gewalt, ſo übt nach § 1685 während der Dauer der Ehe die Mutter die geſamte elterliche Gewalt mit Ausnahme der Nutznießung, alſo auch allein das Perſonenfürſorgerecht aus. Angeſichts dieſer geſetzlichen Regelung ſind in ſolchen Fällen Verträge über die Ausübungsüberlaſſung gegenſtandslos. Sie gewinnen indeſſen beſondere Bedeutung im Falle des *Getrenntlebens* oder bei *Scheidung* der Ehegatten.

Leben die Ehegatten getrennt, ſo erfahren ihre tatſächlichen Beziehungen zu den Kindern natürlicherweiſe eine Änderung, denn dann kann nur einer der Ehegatten die perſönliche Fürſorge für das Kind ausüben. Die rechtlichen Beziehungen zu den gemeinſchaftlichen Kindern bleiben jedoch trotz des Getrenntlebens unberührt. Es finden die allgemeinen geſetzlichen Vorſchriften über die elterliche Gewalt weiterhin Anwendung[10]). In ſeiner

---

[7]) a.A. Knitschky S. 155 ff.

[8]) RG. b. Gruch. 50, 35; RG. b. Warn. 1912 Nr. 118; Staudinger-Engelmann-Keidel § 1631 Anm. 1d u. a.

[9]) RG. in JW. 1911, 342; RGRK. zu § 1631 Anm. 5.

[10]) Staudinger-Engelmann-Keidel zu § 1634 Anm. 5; KG. in RJA. 11, 7 u. KG. in OLG. 24, 25.

früheren Rechtſprechung vertrat das Reichsgericht den Standpunkt[11]), daß bei Getrenntleben der Ehegatten derjenige, der mit berechtigtem Grund die Herſtellung der häuslichen Gemeinſchaft verweigere, in gleicher Weiſe ein Recht darauf habe, daß die gemeinſchaftlichen Kinder bei ihm verbleiben, wie es im Falle der Scheidung dem ſchuldlos geſchiedenen Ehegatten zuſtehe. Dieſe Rechtſprechung wurde aber ſpäter mit guten Gründen fallen gelaſſen[12]): Die Tatſache, daß der eine Eheteil mit berechtigtem Grund getrennt lebe, berechtige noch nicht zu der Annahme, daß der andere Ehegatte ſchuldhaft die Trennung verurſacht habe, ſo daß eine Analogie zu der Regelung des § 1635, der es auf ein Verſchulden der Parteien abſtelle, nicht gerechtfertigt ſei. Das ergibt ſich auch aus folgendem: Verweigert die Ehefrau die Herſtellung der häuslichen Gemeinſchaft, weil das Herſtellungsverlangen des Ehemannes mißbräuchlich iſt, ſo ſteht damit doch noch keineswegs feſt, daß der Ehemann das Getrenntleben verſchuldet hat. Es wäre nicht gerechtfertigt, wollte man hier der Ehefrau ohne Berückſichtigung der beſonderen Umſtände das Recht der Perſonenfürſorge hinſichtlich der gemeinſchaftlichen Kinder nur deshalb zugeſtehen, weil ſie berechtigt getrennt lebt.

Grundſätzlich hat alſo auch beim Getrenntleben der Ehegatten der Ehemann zu beſtimmen, bei wem die Kinder verbleiben ſollen. Doch iſt der Ehemann auch weiterhin den gleichen Beſchränkungen wie bei beſtehender ehelicher Lebensgemeinſchaft unterworfen. Vor jeder Entſcheidung über die Angelegenheiten der gemeinſchaftlichen Kinder hat er ſich alſo vorher mit der Ehefrau in Verbindung zu ſetzen und zu verſuchen, eine Einigung herbeizuführen[13]). Der Ehemann als beſtimmender Teil kann natürlich auch die Ausübung der Perſonenfürſorge für die gemeinſchaftlichen Kinder völlig der von ihm getrennt lebenden Ehefrau überlaſſen oder eine dahingehende Vereinbarung mit der Ehefrau treffen. Da jedoch eine Vereinbarung zwiſchen den Ehegatten auf Überlaſſung der Perſonenfürſorge nach herrſchender Meinung nur eine unvollkommene Verbindlichkeit begründet, die jederzeit widerruflich iſt[14]) — denn eine

[11]) RGZ. 55, 419; 69, 16; JW. 1907, 207; ebenso KG. in Z.Fr.G. Bd. 6 S. 274.
[12]) RG. in JW. 1917 S. 902 ff.
[13]) Ebenso Wolff § 31 V; Kipp § 87a Anm. 7; KG. in Jur. Rdsch. 1927 Nr. 1028.
[14]) RG. in JW. 1903 Beil. S. 63; RGZ. 60, 266 ff.; RG. bei Gruch. 50, 999 ff.; RG. in JW. 1925, 2114; Staudinger-Engelmann-Keidel zu § 1635 Anm. 8; Planck zu § 1635 Bem. 15; Ehrlich S. 201; Opet, Verwandtschaftsrecht S. 322 u. a.

weitergehende Bindung wird als unzuläſſige Beſchränkung der dem Berechtigten zuſtehenden Rechte und Pflichten gegenüber dem Kinde aufgefaßt —, wäre der Wert einer ſolchen Vereinbarung, würde man dieſer Anſicht folgen, gering. Jedes Verlangen auf Herausgabe des Kindes, ſei es mit oder ohne Klageerhebung, wird nach herrſchender Meinung als Widerruf des Vertrages angeſehen. Gegenüber einem ſolchen Herausgabeverlangen ſteht der Ehefrau und Mutter auch kein wirkſames aus der Vereinbarung herzuleitendes Gegenrecht zu[15]). Ein ſolches Recht ſteht der Frau gegenüber dem Herausgabeverlangen des Mannes nur beim Vorliegen anderer Tatſachen zu, z. B. wenn das Verlangen des Ehemannes lediglich den Zweck hat, die Frau körperlich oder ſeeliſch zu ſchädigen oder ſie zu kränken, oder wenn Schikane im Sinne des § 226 vorliegt[16]). In einem ſolchen Falle kann die Frau die Herausgabe des Kindes verweigern, jedoch muß die Schädigungsabſicht der einzige Zweck des väterlichen Handelns ſein. Beim Vorliegen der genannten Tatſachen ſteht daher nach herrſchender Meinung mit Recht der Ehefrau gegenüber dem Verlangen des Mannes der Einwand des Mißbrauches zu[17]). In derartigen Fällen genügt es auch, wenn die Schädigungsabſicht nicht einziges, wohl aber überwiegendes Motiv des ehemännlichen Herausgabeverlangens iſt[18]), ſo wenn der Ehemann durch ſein Verlangen auf Herausgabe des Kindes einen Zwang oder Druck auf die Frau ausüben will, um ſie zur Wiederherſtellung der ehelichen Lebensgemeinſchaft geneigter zu machen oder ſie zu bewegen, die Scheidungsklage einzureichen[19]). Mißbrauch liegt auch dann vor, wenn der Ehemann das Kind nur der Frau wegnehmen, es aber gar nicht bei ſich unterbringen kann oder will[20]). Neben dieſen von der herrſchenden Meinung anerkannten Einwendungen ſtehen der Mutter Einwendungen aus der Perſon des Kindes, beiſpielsweiſe dahingehend, daß der Vater mit ſeinem Herausgabeverlangen ſeine Rechte gegenüber dem

---

[15]) So. RG. b. Warn. 1918 Nr. 12 u. 1920 Nr. 17 und in JW. 1925 S. 2105 Nr. 6.

[16]) So RG. in JW. 1912 S. 395 und 1915 S. 1261.

[17]) RG. 55, 421 = JW. 1903 Beil. S. 46; RG. in JW. 1907 S. 6; 1912 S. 395 und 1915 S. 1261.

[18]) RG. in JW. 1912, 395; RGZ. 77, 111 ff.

[19]) RG. bei Warn. 1908 Nr. 222; 1917 Nr. 251; RGZ. 55, 419 ff.

[20]) KG. in JW. 1927 S. 1215.

Kinde mißbrauche, nicht zu[21]). So ſoll es nicht genügen, wenn die Mutter geltend macht, daß das Kind wegen zu jugendlichen Alters ihrer beſonderen Pflege bedürfe[22]). An einer derartigen Trennung zwiſchen Einwendungen, die in der Perſon der Frau entſtanden, und ſolchen, die durch die Rechte des Kindes begründet ſind, iſt mit Recht ſchärfſte Kritik geübt worden[23]). M. E. ſollte auch die Mutter, kraft der ihr zuſtehenden Perſonenfürſorge berechtigt ſein, die Belange des Kindes ſelbſtändig gegenüber dem Vater zu vertreten.

Neben den allgemein anerkannten, gegenüber dem Herausgabeanſpruch zuläſſigen Einwendungen, muß aber m. E. ein weiterer, ſehr bedeutſamer Einwand zugelaſſen werden, der Einwand nämlich, daß das Herausgabeverlangen mißbräuchlich ſei, weil die Parteien die Perſonenfürſorge *vertraglich* geregelt haben. Nicht immer wird jedoch durch die Berufung auf einen ſolchen Überlaſſungsvertrag der Mißbrauchseinwand begründet ſein; vielmehr iſt von Fall zu Fall feſtzuſtellen, ob nicht der die Herausgabe des Kindes verlangende Eheteil die vertragliche Überlaſſung der Perſonenfürſorge aus berechtigten Gründen widerrufen hat. Wie bereits dargelegt, hält die herrſchende Meinung bei der vertraglichen Ausübungsüberlaſſung an einem jederzeitigen Widerrufsrecht der Parteien feſt und hält demgemäß jeden Verzicht auf dieſes Recht für unwirkſam. Hiergegen wenden ſich m. E. mit Recht André, Roch, Gehring u. a.[24]), denn ein jederzeitiges willkürliches Widerrufsrecht nimmt einer Vereinbarung unter den Ehegatten ihre Bedeutung und wird auch nicht im Intereſſe des Kindes liegen. André führt in ſeiner 1905 gehaltenen und veröffentlichten Rektoratsrede „Verträge zwiſchen Eltern über die Erziehung ihrer Kinder" aus, daß zumindeſt ein zwiſchen den Eltern geſchloſſener Vertrag über die Ausübung der Perſonenfürſorge, der für eine beſtimmte kürzere Zeit gelten ſolle, alſo z. B. für die Dauer eines Scheidungsprozeſſes, für dieſe Zeit bindende Wirkung haben müſſe und ein einſeitiges, willkürliches Widerrufsrecht ausſchließe. Nur beim Vorliegen eines wichtigen Grundes ſolle dem Vater bzw. der Mutter ein Widerrufsrecht gegeben ſein: „Eine

---

[21]) RGZ. 69, 97; RG. bei Warn. 1912 Nr. 172 u. 437; RG. in JW. 1915, 1261; JW. 1917 S. 903; RG. in LZ. 1918, 267; a. A. OLG. Hamburg in LZ. 1916 S. 260 = OLG. 32, 15.

[22]) RG. in LZ. 1918, 267.

[23]) So Opet in JW. 1919, 302.

[24]) André S. 32 ff.; Roch S. 64 ff.; Gehring S. 69 ff.; Knitschky S. 156 ff. u. a.

ſolche beſchränkte Bindung des Vaters der Mutter gegenüber derart, daß er nur widerrufen kann, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, widerſpricht weder dem Weſen der elterlichen Gewalt, noch den ſittlichen Anſchauungen unſeres Volkes“[25]). — Dieſelben Gedanken ſind wenige Jahre ſpäter auch vom Reichsgericht aufgenommen worden[26]). Es handelte ſich hier darum, daß die Ehegatten für die Dauer des Scheidungsprozeſſes eine Vereinbarung getroffen hatten, wonach das Kind während dieſer Zeit den Aufenthalt bei der Mutter haben ſollte. Einem Widerruf der vertraglichen Regelung ſeitens des Ehemannes — ſo führt das Reichsgericht aus — müſſe inſoweit die Beachtung zu verſagen ſein, als ſich derſelbe als Mißbrauch des ehelichen Rechtes darſtellen würde. In gleicher Richtung geht eine reichsgerichtliche Entſcheidung aus dem Jahre 1919[27]). Hier wird ausgeſprochen, daß ein Widerruf eines Vergleiches, nach welchem für die Dauer eines Scheidungsprozeſſes der Mutter das Kind überlaſſen war, nicht ohne rechtfertigende Gründe und jedenfalls nicht nach reiner Willkür erfolgen dürfe. In derſelben Weiſe ſpricht ſich der Reichsgerichtsrätekommentar[28]) für die Gültigkeit der auf Zeit berechneten Ausübungsüberlaſſungsverträge über die Erziehung der Kinder, das Recht der Aufenthaltsbeſtimmung uſw. aus. Ebenſo auch Joſef[29]) und Opet[30]).

M. E. darf ein Widerruf, auch wenn es ſich nicht um einen ſolchen zeitlich von vornherein begrenzten Vertrag handelt, nur aus wichtigem Grunde, bei berechtigtem Intereſſe erfolgen. Für die Gültigkeit eines ſolchen Widerrufs wird in erſter Linie entſcheidend ſein, ob damit den Intereſſen des Kindes gedient iſt. Wenn man der Meinung iſt — wie noch heute die Mehrheit im Schrifttum[31]) —, daß in einer vollwirkſamen vertraglichen Bindung und in einem gleichzeitig darin enthaltenen Verzicht auf ein jederzeitiges Widerrufsrecht ein unzuläſſiger Verzicht auf das Recht und die Pflicht der Perſonenfürſorge liege, ſo dürfte man auch eine zeit-

---

[25]) André a.a.O. S. 32.

[26]) RG. Warn. 1909 Nr. 107, ebenso RG. im Recht 1909, 833; ähnlich ſchon das KG. in JW. 1906 S. 599, 1907 S. 7.

[27]) RG. in LZ. 1919, 698.

[28]) RGRK. zu § 1631 Anm. 2.

[29]) Ziv. Arch. 119, 403 ff.

[30]) § 1635 Bem. 6.

[31]) Staudinger-Engelmann-Keidel zu § 1631 Anm. I, 5c u. d und § 1635 Anm. 8; Kipp § 79 V u. § 83 II, 3a; Planck zu § 1635 Bem. 15; Ehrlich S. 201; G. Müller in Seuff. Bl. 66, 28 u. a.

liche Bindung nicht für wirksam erachten. Erkennt man aber, wie es das Reichsgericht in den eben erwähnten Entscheidungen in Anerkennung der von André aufgestellten Forderungen getan hat, die Verbindlichkeit solcher auf Zeit geschlossenen Verträge an, so ist kein Grund ersichtlich, nicht auch Verträge über die Überlassung des Personenfürsorgerechtes, die zeitlich nicht begrenzt sind, als bindend anzuerkennen.

Die angestellten Erwägungen führen zur Unterscheidung zwischen der Überlassung des Personenfürsorgerechtes der Ausübung nach an die Ehefrau und an Dritte[32]). In beiden Fällen ist nach herrschender Meinung die Überlassung jederzeit widerruflich. Der Vater kann demnach jederzeit Die Herausgabe des Kindes verlangen. Während nun aber ein Dritter diesem Herausgabeverlangen immer stattgeben muß, kann sich die Ehefrau diesem Verlangen des Mannes gegenüber gemäß § 1353 Abs. 2 auf Mißbrauch berufen, insbesondere dann, wenn eine Vereinbarung zwischen den Ehegatten auf Überlassung des Kindes an die Frau vorliegt. Diesem Mißbrauchseinwand kann der Ehemann dadurch begegnen, daß er seinerseits die den Widerruf rechtfertigenden Gründe dartut. Tatsächlich hat also auch nach der Gerichtspraxis ein solcher Ausübungsüberlassungsvertrag zwischen Ehegatten bindende Wirkung, und ein Widerruf des Vertrages ist nur aus wichtigem Grunde möglich. Doch steht m. E. der Ehefrau aus einem solchen Vertrage nicht nur ein Gegenrecht gegenüber dem Herausgabeverlangen des Mannes zu, sondern darüber hinaus ein selbständiger Anspruch auf Herausgabe der Kinder, wenn ihr der Ehemann dieselben vorenthält.

Im Schrifttum[33]) wird vorwiegend angenommen, daß ein solcher Herausgabeanspruch der Ehefrau gegenüber dem Manne nicht aus § 1632 herzuleiten ist. Dagegen folgert Staudinger[34]) während Bestehens der Ehe einen Anspruch der Mutter gegen den Vater auf Teilnahme an der Personenfürsorge aus § 1634, so z. B. wenn der Ehemann das Kind weit fortschickt und der Frau den Aufenthalt desselben verheimlicht. Der Klageantrag der Frau dürfe in einem solchen Falle nicht auf Herausgabe, sondern auf Gewährung der Teilnahme an der Sorge für die Person des Kindes oder auf Beseitigung der der Frau vom Manne zugefügten Ver-

---

[33]) Kipp § 79 VI; Staudinger-Engelmann-Keidel § 1634 Anm. I, 1b, 8; Danziger S. 10;
[32]) Ebenso Danziger S. 31 a. A. RG. bei Gruch. 47, 978.
RG. bei Gruch. 47, 978 u. a.
[34]) Staudinger-Engelmann-Keidel zu § 1634 Anm. 3.

letzung ihres Rechtes — auf Bekanntgabe des ihr vom Manne verheimlichten Aufenthalt des Kindes, auf Geſtattung des perſönlichen Verkehrs mit dem Kinde und dergleichen mehr — gerichtet ſein.

Daß der Mutter auch ein ſelbſtändiger Anſpruch auf Herausgabe des Kindes gegen den Vater zuſtehen kann, wird vom Reichsgericht in verſchiedenen Entſcheidungen[35]) treffend dargelegt. So wird geſagt: „Wenn auch das Recht, für die Perſon der Kinder zu ſorgen, ein gemeinſchaftliches Recht beider Eltern mit bevorzugter Stellung des Vaters iſt, ſo muß im Intereſſe eines wirkſamen Schutzes der Mutter anerkannt werden, daß ihr zur Wahrung ihrer durch mißbräuchliche Anordnungen des Vaters beeinträchtigten Rechte nicht nur Einwendungen gegen den Vater, ſondern auch ein ſelbſtändiges Klagerecht gegen dieſen zuſteht“[36]). Oder: „Es kann dahingeſtellt bleiben, ob nicht ſchon aus der Vorſchrift des § 1634 der erforderliche Schutz der Ehefrau und Mutter gegen ſie kränkende mißbräuchliche Anwendungen des Ehemannes und Vaters hergeleitet werden kann. Jedenfalls unterliegt die Annahme keinen Bedenken, daß der Grundgedanke der für das eheliche Leben beſtimmenden allgemeinen Vorſchrift des § 1354 Abſ. 2 auch das dem Ehemann als Vater durch § 1634 Abſ. 2 eingeräumte Entſcheidungsrecht beherrſcht“[37]).

Wird in den genannten Reichsgerichtsentſcheidungen zutreffend ein Anſpruch der Mutter auf Herausgabe des Kindes auch gegenüber dem Vater, geſtützt auf §§ 1634, 1632 anerkannt, ſo muß ein Herausgabeverlangen auch dann begründet ſein, wenn der Mutter durch *Vertrag*, insbeſondere durch einen *Vergleich* für die Dauer des Getrenntlebens der Ehegatten das Sorgerecht für das oder die gemeinſchaftlichen Kinder überlaſſen worden iſt oder umgekehrt: Dem auf § 1632 geſtützten Verlangen des Ehemannes und Vaters auf Herausgabe der Kinder kann die Ehefrau und Mutter regelmäßig mit Erfolg durch den Mißbrauchseinwand begegnen, wenn ihr vertraglich die Sorge für die Perſon der gemeinſchaftlichen Kinder überlaſſen worden iſt.

Die Frage, ob Verträge zuläſſig ſind, die das Recht des vom Kinde getrennt lebenden Ehegatten, mit demſelben perſönlich zu verkehren, regeln, nötigt zunächſt dazu, das *Verkehrsrecht* näher zu beſtimmen. Dieſes Recht ſteht ſelbſtändig neben dem Recht und der Pflicht der Perſonenfürſorge.

---

[35]) RG. b. Warn. 1908 Nr. 222, 1912 Nr. 172 u. 437; 1913 Nr. 298.
[36]) So RG. in JW. 1907 S. 6.
[37]) RG. Warn. 1908 Nr. 222.

Es ist im Gesetz im § 1636 im Anschluß an die Regelung der Personenfürsorge nach erfolgter Ehescheidung behandelt. Das Verkehrsrecht soll dem nicht sorgeberechtigten Elternteil die Möglichkeit geben, mit dem Kinde in Kontakt zu bleiben. Dieses Recht ist nicht Ausfluß der Personenfürsorge, sondern es entspringt dem zwischen Eltern und Kindern bestehenden Verwandtschaftsverhältnis[38]). Kipp[39]) bezeichnet es als Rest der Personenfürsorge. Als ein höchstpersönliches Recht ist das Verkehrsrecht weder auf Dritte übertragbar noch verzichtbar, als absolutes Recht wirkt es gegenüber jedem Dritten.

Während nach früheren Entscheidungen der höheren Gerichte und im Schrifttum[40]) in den Fällen des Getrenntlebens eine nähere Verkehrsregelung des getrennt lebenden Ehegatten mit dem gemeinschaftlichen Kinde nur durch den Prozeßrichter für möglich gehalten wurde, erklärte das Reichsgericht[41]) unter Hinweis auf den „Geist des Gesetzes" in den Fällen des Getrenntlebens § 1636 für entsprechend anwendbar. Wenn hiernach die Regelung des Verkehrsrechtes grundsätzlich Sache des Vormundschaftsgerichtes ist, so sind die Parteien doch nicht gehindert, ihrerseits Vereinbarungen über die Regelung des Verkehrs mit dem gemeinschaftlichen Kinde zu treffen. Es entspricht sogar dem Willen des Gesetzes mehr, daß in erster Linie die Parteien selbst den Verkehr mit dem Kinde gütlich regeln[42]); erst wenn eine solche Einigung nicht zustande kommt oder wiederaufgehoben wird, kann das Vormundschaftsgericht auf Antrag oder von Amts wegen seinerseits Bestimmungen treffen. Eine Vereinbarung zwischen den getrennt lebenden Ehegatten über das Verkehrsrecht ist also möglich und zulässig. Indessen kann weder ein Verzicht auf dieses Recht gültig vereinbart werden, noch können die Ehegatten durch Vertrag das Verkehrsrecht einem Dritten übertragen[43]).

Nach herrschender Meinung können nun aber an sich gültige Vereinbarungen über den Verkehr mit den gemeinschaftlichen Kindern durch Anordnungen des Vormundschaftsgerichtes gemäß § 1636 Satz 2 außer

---

[38]) Staudinger-Engelmann-Keidel § 1636 Anm. 4; Hagemann in Z.Fr.G. 22, 406; KG. in RJA. 11, 254.

[39]) § 87a, 1b.

[40]) KG. bei Seuff. Arch. 61, 405 ff.; KG. in OLG. 3, 41; RG. im Recht 1909, 363; Josef in Seuff. Bl. 1909, 121.

[41]) RGZ. 69, 94 ff.; ebenso KG. in OLG. 24, 25 ff.

[42]) s. OLG. Celle in LZ. 1918 S. 336.

[43]) Staudinger-Engelmann-Keidel § 1636 Anm. 6.

Kraft gesetzt werden[44]). Doch wird das Vormundschaftsgericht eine solche Anordnung nur dann verfügen, wenn berechtigte Gründe für eine Abänderung sprechen. Auch kann das Recht des Vormundschaftsgerichtes auf Verkehrsregelung durch Vertrag unter den Ehegatten nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden[45]). Wird das Vormundschaftsgericht zur Regelung des Verkehrs von einem Elternteil angerufen, so geht heute die Praxis der Vormundschaftsgerichte dahin, in erster Linie eine gütliche Einigung zwischen den Parteien herbeizuführen und bereits geschlossene Vereinbarungen zu berücksichtigen.

Im Rahmen der Verträge zwischen Ehegatten über die gemeinschaftlichen Kinder verdienen Vereinbarungen über die religiöse Kindererziehung besondere Erwähnung. Durch das Gesetz über die religiöse Kindererziehung vom 15. 7. 21 hat der Grundsatz der freien Einigung der Eltern über diesen Teil der Erziehung zum erstenmal in einem Gesetz seinen Niederschlag gefunden. Demgemäß verordnet § 1: Über die religiöse Erziehung des Kindes bestimmt die freie Einigung der Eltern, soweit ihnen das Recht und die Pflicht zusteht, für die Person des Kindes zu sorgen. Freie Einigung soll besagen, daß sie von allen früheren gesetzlichen Schranken befreit ist und nicht dem Einfluß irgendeiner staatlichen oder kirchlichen Autorität unterliegt. Diese Einigung ist jedoch einem bürgerlichrechtlichen Vertrag nicht gleichzusetzen, denn sie ist grundsätzlich jederzeit widerruflich (§ 1 Abs. 2 und 4). Die Einigung unter Ehegatten erschöpft daher ihre Wirksamkeit in der gemeinsamen Einleitung einer bestimmten religiösen Erziehung des Kindes. Kann eine Einigung unter den Eltern nicht erzielt werden, so kommen die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Personenfürsorge zur Anwendung (§ 2 Abs. 1); bei Meinungsverschiedenheiten zwischen den Eltern geht die Meinung des Vaters vor.

Verträge über die religiöse Kindererziehung sind, abgesehen von denen, die unter den früheren landesrechtlichen Gesetzen oder dem Recht der Übergangszeit geschlossen wurden, von der Zeit der Geltung des neuen Gesetzes an ohne rechtliche Wirksamkeit (§ 9 d. Ges.). Demgemäß dürfen nach herrschender Meinung weder Richter noch Notare derartige, für unwirksam erachtete Verträge beurkunden[46]).

[44]) RG. in JW. 1925, 2115 Nr. 6.
[45]) KG. in KGJ. 44, 22; KG. in OLG. 41, 66; Landsberg in DJZ. 1915 S. 405 ff.
[46]) Engelmann, Reichsgesetz über die religiöse Kindererziehung § 4 S. 72.

Der „Schwer- und Angelpunkt" des Geſetzes, wie Kipp[47]) es ausdrückt, iſt der § 2 Abſ. 2. Denn durch ihn erfährt die jederzeitige freie Widerruflichkeit der Einigung eine weſentliche Einſchränkung und Behinderung. Es kann nämlich während beſtehender Ehe von keinem Elternteil ohne die Zuſtimmung des anderen beſtimmt werden, daß das Kind in einem anderen als dem zur Zeit der Eheſchließung gemeinſamen Bekenntnis oder in einem anderen Bekenntnis als bisher erzogen, oder daß das Kind vom Religionsunterricht abgemeldet werden ſoll. Wird die Zuſtimmung nicht erteilt, ſo kann auf Antrag das Vormundſchaftsgericht vermitteln oder entſcheiden (§ 2 Abſ. 3). Die für eine Änderung der bisherigen religiöſen Erziehung erforderliche Zuſtimmung des anderen Ehegatten, die einen vollkommen rechtsgeſchäftlichen Charakter trägt und nur ſo lange widerruflich iſt, als noch keine Handlung auf ſie hin erfolgt iſt, ſtellt das Bindeglied zwiſchen der freiwiderruflichen Einigung und der einſeitigen Beſtimmung durch einen Elternteil dar[48]). Denn in der überwiegenden Mehrzahl aller Fälle werden die im § 2 Abſ. 2 des Geſetzes genannten Tatbeſtände vorliegen, ſo daß während beſtehender Ehe eine einſeitige willkürliche Beſtimmung eines Ehegatten, insbeſondere des Ehemannes, rechtlich unmöglich iſt. Durch dieſes bei Änderung der bisherigen religiöſen Erziehung des Kindes notwendige Zuſtimmungserfordernis wird das rechtsgeſchäftliche bzw. vertragliche Moment wieder in das Geſetz hineingetragen, das durch die §§ 1 und 4 und die dort zum Grundprinzip erhobene, jederzeit freiwiderrufliche Einigung ſichtlich vermieden werden ſollte. Dadurch, daß § 2 Abſ. 2 eine Bekenntnisänderung ohne Zuſtimmung des anderen Ehegatten ſo gut wie unmöglich macht — ſofern nämlich die Erziehung des Kindes in einer beſtimmten Religion nach Einigung der Eltern bereits eingeſetzt hatte, was aber praktiſch immer der Fall ſein wird, weil die religiöſe Kindererziehung bereits mit der Geburt des Kindes beginnt[49]) —, wird negativ erreicht, daß einer Einigung bindende Kraft zukommt. Wenn auch der Widerruf der Einigung jederzeit erfolgen kann, ſo wird damit ein praktiſches Reſultat nicht erzielt. Es wird vielmehr in der Regel bei der auf Grund der Einigung begonnenen religiöſen Erziehung des Kindes bleiben. Der Geſetzgeber hätte alſo ebenſo gut von Anfang an Vereinbarungen der Ehegatten über die religiöſe Kin-

[47]) in Festschrift f. Kahl S. 12 unten.
[48]) Kipp a.a.O. S. 15 unten.
[49]) Kipp a.a.O. S. 13.

dererziehung bindende Wirkung beilegen können, wie ſie vor Einführung dieſes Reichsgeſetzes in zahlreichen Landes- und Stadtgeſetzen bekannt waren, ſo z. B. in Bayern, Württemberg, Sachſen, Schleswig, Waldeck und Frankfurt a. M.[50]). Bei einer künftigen Änderung des Familienrechtes, insbeſondere des Abſchnittes über die elterliche Gewalt, wird auch eine Änderung des Geſetzes über die religiöſe Kindererziehung notwendig werden.

B. Im Falle der Eheſcheidung.

Der viel bekämpfte § 1635 regelt das Recht der Perſonenfürſorge nach erfolgter Scheidung automatiſch nach dem im Prozeß ausgeſprochenen Verſchulden. Daß das Geſetz die Rechtsfolgen der Scheidung auch hinſichtlich der gemeinſchaftlichen Kinder von dem Schuldausſpruch abhängig macht, führt in der Regel zu den erbittertſten Kämpfen unter den Ehegatten mit all ihren Widerwärtigkeiten. Die geſetzliche Regelung im § 1635 läßt daher grundſätzlich eine Rückſichtnahme auf den Einzelfall, insbeſondere auf das Wohl des Kindes und die berechtigten Wünſche und Intereſſen der Eltern nicht zu. Die hierdurch gezeitigten, oft unbilligen Ergebniſſe haben bewirkt, daß ſchon zahlreiche Reformvorſchläge[51]) gemacht worden ſind, ſo auch neuerdings von dem Vorſitzenden des Familienrechtsausſchuſſes der Akademie für Deutſches Recht[52]). Die im § 1635 Abſ. 1 Satz 2 gegebene Möglichkeit, daß das Vormundſchaftsgericht eine von der ſtarren Geſetzesvorſchrift abweichende Regelung treffen kann, iſt inſofern nicht ausreichend, als immer „beſondere" Gründe vorliegen müſſen, die ſein Eingreifen rechtfertigen. Gerade bei der Entſcheidung der Frage, was beſondere Gründe ſind, die im Intereſſe des Kindes eine anderweitige Regelung rechtfertigen, iſt die Rechtſprechung ſehr ſtreng. Die Bezugnahme auf allgemeine Erfahrungstatſachen genügt nicht, z. B. darauf, daß ein dreijähriges Kind bei der Mutter beſſer aufgehoben iſt als beim Vater[53]). Das Intereſſe des Kindes muß *gefährdet* ſein, um eine ab-

---

[50]) Vgl. die Angaben über die vor Einführung des Reichsgesetzes geltenden Landes- und Stadtgesetze bei Engelmann a.a.O. S. 9 ff.; Enneccerus-Kipp-Wolff Bd. IV § 132.

[51]) Marie Munk in JW. 1925, 309 sowie in ihrer Schrift: Vorschläge zur Umgestaltung des Rechtes der Ehescheidung und der elterlichen Gewalt S. 37; Reichstag IV (1928) Anträge u. Vorschläge Bd. 430 Nr. 82, 83, 94.

[52]) Mößmer: Neugestaltung des deutschen Ehescheidungsrechtes. Schriften der Akademie für Deutsches Recht. Berlin 1936 S. 72 ff.

[53]) OLG. 9, 457; 10, 287 ff.; 12, 342 ff.

weichende Anordnung des Vormundſchaftgerichtes als geboten erſcheinen zu laſſen.

Daraus ergibt ſich, daß das Bedürfnis der Ehegatten nach anderweitiger vertraglicher Geſtaltung des Perſonenfürſorgerechtes ſehr groß iſt. Da aber nach herrſchender Meinung[54]) § 1635 zwingendes Recht enthält, wird jede Vereinbarung der Ehegatten, ſei es vor oder nach der Scheidung, in der eine vom Geſetz abweichende Regelung vorgenommen wird, für nichtig erklärt, insbeſondere deshalb, weil darin ein unzuläſſiger Verzicht oder eine unzuläſſige Beſchränkung des dem fürſorgeberechtigten Ehegatten von Geſetzes wegen zuſtehenden Rechtes geſehen wird. Vielfach wird eine vertragliche Regelung des Perſonenfürſorgerechtes auch dann für nichtig erklärt, wenn ſie den Zweck verfolgt oder geeignet erſcheint, die Eheſcheidung zu erleichtern.

Nichtsdeſtoweniger ſind auch vor oder während der Eheſcheidung Verträge, nach denen dem nicht fürſorgeberechtigten Ehegatten in derſelben Weiſe wie einem Dritten auf Zeit die *Ausübung der Perſonenfürſorge* überlaſſen wird, häufig, und derartige Vereinbarungen auf Überlaſſung werden von der herrſchenden Meinung anerkannt[55]). Eine ſolche Vereinbarung ſchafft natürlich nur Bindungen der Ehegatten untereinander; dem Kinde gegenüber wird der nach dem Geſetz ſorgeberechtigte Ehegatte nur befreit, wenn der andere ſeinen nach dem Vertrage übernommenen Verpflichtungen nachkommt[56]). Nach der herrſchenden Meinung im Schrifttum ſind derartige Verträge jederzeit freiwiderruflich, doch machen ſich immer mehr Stimmen geltend, die für eine beſchränkte Widerruflichkeit eintreten. Den Ausgangspunkt bilden auch hierbei die von André bereits im Jahre 1905 entwickelten Gedanken[57]). Die Anſicht findet immer mehr Anhänger, daß — entſprechend den hier für die Wirkſamkeit von Verträgen während des Getrenntlebens aufgeſtellten Grundſätzen — ein Vertrag über die Ausübung des Perſonenfürſorgerechtes nach erfolgter Scheidung nur aus wichtigem Grunde widerrufen werden kann[58]).

---

[54]) Staudinger-Engelmann-Keidel zu § 1635 Anm. 6; Planck 3. Aufl. Bem. 7; Kipp § 87 S. 371.

[55]) Staudinger-Engelmann-Keidel § 1635 Anm. 8; Planck 3. Aufl. zu § 1635 Bem. 15; Erler S. 152; Opet, Verwandtſchaftsrecht S. 322; RGZ. 60, 266; RG. bei Gruch. 50, 999 ff., vgl. auch RG. in JW. 1925/2115; OLG. Hamburg in OLG. 10, 286 ff.; KG. in OLG. 40, 84 ff. u. a.

[56]) Josef im Ziv. Arch. 119, 403 ff.

[57]) Vgl. André a.a.O. S. 32.

[58]) In neuerer Zeit Josef a.a.O. S. 403 ff.; Karger in JW. 1930 S. 177.

M. E. ſind Ausübungsüberlaſſungsverträge geſchiedener Ehegatten nicht anders zu behandeln als die zwiſchen Ehegatten während beſtehender Ehe geſchloſſenen, ſo daß auch ihnen bindende Kraft zukommt. Indeſſen macht die rechtliche Konſtruktion dieſes Ergebniſſes, ſolange das Geſetz nicht geändert iſt, Schwierigkeiten. Wenn bei beſtehender Ehe dem Verlangen auf Herausgabe des Kindes der andere Ehegatte den auf einen Vertrag geſtützten Mißbrauchseinwand (§ 1353 Abſ. 2) entgegenhalten kann, ſo iſt eine Berufung auf § 1353 Abſ. 2 nach erfolgter Scheidung nicht möglich. Dennoch muß man aber zu dem gleichen Ergebnis aus einem anderen Rechtsſatz kommen, nämlich dem, „daß die dem einzelnen Familienmitglied gewährten Rechte keine ſchrankenloſen ſind, ſondern ihre Grenzen finden in der Pflicht des Berechtigten, bei Ausübung ſeines Rechtes auf die berechtigten Intereſſen der übrigen Familienmitglieder gebührende Rückſicht zu nehmen“[59]). Dieſer Grundſatz muß auch auf geſchiedene Ehegatten und ihre gemeinſchaftlichen Kinder Anwendung finden, denn trotz der Auflöſung der Ehe bleiben die geſchiedenen Ehegatten noch durch die gemeinſamen Kinder verbunden. Hat ſonach der ſorgeberechtigte Elternteil dem nicht ſorgeberechtigten geſchiedenen Ehegatten vertraglich die Ausübung der Perſonenfürſorge überlaſſen, ſo kann er nicht willkürlich, ohne berechtigten Grund von dieſem Vertrage zurücktreten und das Kind herausverlangen. Einem ſolchen Verlangen kann der andere Teil ebenfalls den Mißbrauchseinwand entgegenſetzen, denn dieſer auf Treu und Glauben geſtützte und aus Billigkeitsgrundſätzen gewährte Einwand beherrſcht das geſamte Familienrecht und gilt daher auch nach der Scheidung zwiſchen den Ehegatten. — Zu demſelben Ergebnis gelangt Roch[60]). Nach ihm muß eine vertragliche Regelung ebenſo rechtsgeſtaltende und bindende Wirkung haben wie eine Verfügung des Vormundſchaftsgerichtes. Dadurch werde erreicht, daß häufig durch eine Vereinbarung der Eltern ein brauchbarerer Zuſtand für die Kinder geſchaffen werde, als der geſetzliche es ſei. Nach Roch iſt der Prozeßrichter an die Verträge gebunden, ſofern nicht andere Gründe der Unwirkſamkeit vorliegen (Verſtoß gegen § 138 uſw.). Der Vormundſchaftsrichter ſoll nur dann an die Verträge nicht gebunden ſein, wenn ein geſetzlicher Grund zum Einſchreiten vorliegt. Die Bindung der Ehegatten ſoll ſo lange dauern, bis der Vormundſchaftsrichter eine abweichende Anordnung trifft.

---

[59]) RG.-U. v. 25. 1. 1912 b. Warn. 1912 Nr. 172 = in JW. 1912, 395 sowie RGZ. 69, 96.
[60]) S. 69.

Nach den bereits genannten Ehefcheidungsreformvorfchlägen des Familienrechtsausfchuffes der Akademie für Deutfches Recht wird befürwortet, daß der Schuldausfpruch im Scheidungsurteil grundfätzlich ohne Einfluß auf die Übertragung des Perfonenfürforgerechtes bleiben foll, und daß es zunächft während des Scheidungsverfahrens den Ehegatten innerhalb einer Frift felbft überlaffen werden foll, in einer freien Vereinbarung ihre künftigen Beziehungen zu den gemeinfchaftlichen Kindern zu regeln. Erft wenn bis zum Eintritt der Rechtskraft des Scheidungsurteils eine folche Vereinbarung nicht zuftande gekommen ift oder von einem Ehegatten widerrufen wurde, foll das Prozeßgericht die Rechtsfolgen der Scheidung hinfichtlich der gemeinfchaftlichen Kinder beftimmen, wobei maßgebend zu fein hat, daß demjenigen Elternteil, der nach der Überzeugung des Gerichtes für die Pflege und die Erziehung des Kindes geeigneter erfcheint, fowohl die *Perfonenfürforge* als auch die *übrigen Rechte der elterlichen Gewalt* übertragen werden. Auch wird die natürliche Verbundenheit zwifchen Mutter und Kind befonderer Berückfichtigung anempfohlen, und es follen die bisher gemeinfam erzogenen Kinder nur in Ausnahmefällen auseinandergeriffen werden.

Es bleibt zu wünfchen, daß diefe den Bedürfniffen der Praxis und den ſittlichen Anfchauungen des Volkes entfprechenden Reformvorfchläge bald zum Gefetz erhoben werden.

Schlußwort.

Mit der vorliegenden Arbeit glaubt Verfaſſerin aufgezeigt zu haben, daß, obwohl eine Neufaſſung der Vorſchriften über das perſönliche Eherecht wünſchenswert iſt, man bei richtiger Anwendung der beſtehenden Geſetzesbeſtimmungen noch ſehr wohl damit auszukommen vermag. Nicht das geltende Geſetz iſt zeitfremd, ſondern die Auslegung, die das Geſetz in Schrifttum und Rechtſprechung zum Teil erfahren hat.

Während die reichsgerichtliche Rechtſprechung beiſpielsweiſe im Wirtſchaftsrecht den durch die Zeit veränderten Bedürfniſſen des Wirtſchaftsverkehrs und den veränderten Anſchauungen im allgemeinen in zweck- und zeitentſprechender Weiſe Rechnung trägt, nimmt ſie in den das Eherecht betreffenden Entſcheidungen noch immer eine ſehr konſervative Haltung ein, die den veränderten Tatſachen und den veränderten ſittlichen Anſchauungen oft nicht mehr entſpricht. Angeſichts der Tatſache, daß es vielen Ehegatten nach der heutigen Rechtſprechung praktiſch unmöglich iſt, ihre eheliche Gemeinſchaft mit rechtlicher Wirkung ſo zu geſtalten, wie es ſich aus den verſchiedenſten Gründen als notwendig erweiſt, erhebt ſich für die künftige Ausgeſtaltung des Eherechts die Forderung, den Ehegatten ausdrücklich die Befugnis zuzuerkennen, ihre perſönlichen Beziehungen rechtswirkſam vertraglich zu regeln. Ferner wird dem künftigen Geſetz der auf dem Gemeinſchaftsgedanken und der Genoſſenſtellung der Ehegatten beruhende Typus der Ehe als Normaltypus zugrunde gelegt werden müſſen, denn dieſer Ehetypus entſpricht dem Empfinden unſerer Zeit. Zugleich aber muß in dem neuen Geſetz zum Ausdruck kommen, daß es den Ehegatten freiſteht, ihre Ehe aus überlieferten kulturellen, religiöſen oder anderen Gründen abweichend von dieſem Typus patriarchaliſch auszugeſtalten.

Lebenslauf.

Ich wurde am 22. 12. 1903 zu Wetzlar a. d. Lahn als Tochter des Fabrikanten Dr. h. c. Ernſt *Leitz* und ſeiner inzwiſchen verſtorbenen Ehefrau Elſie geb. Guertler geboren. Ich beſuchte zunächſt das Städtiſche Lyzeum zu Wetzlar und kam 1917 in die Freie Schulgemeinde Wickersdorf, die den Lehrplan einer Oberrealſchule hat. Im Jahre 1921 verließ ich Wickersdorf als Unterprimanerin und beſtand nach einem halben Jahr, im September 1921, das Abiturium an der Oberrealſchule in Berlin-Mariendorf.

Im Sommerſemeſter 1922 begann ich das Studium der Handelswiſſenſchaften an der Handelshochſchule in München, wo ich nach 4 Semeſtern, im Sommer 1924, das kaufmänniſche Diplomexamen ablegte. Davor und danach war ich als Volontärin an der Mitteldeutſchen Creditbank in München tätig.

Im Sommerſemeſter 1925 begann ich das Studium der Rechtswiſſenſchaft an der Univerſität München und verblieb dort 2 Semeſter. Ich ſtudierte dann 5 weitere Semeſter an der Univerſität zu Berlin, mußte aber das Studium ein Jahr wegen Krankheit unterbrechen. Im Mai 1930 beſtand ich am Kammergericht zu Berlin die Erſte Staatsprüfung. Den praktiſchen Dienſt als Gerichtsreferendarin begann ich am 8. Oktober 1931 und beendete ihn am 30. Januar 1935. Die mündliche Doktorprüfung beſtand ich am 29. Februar 1932. Am 2. März 1935 verheiratete ich mich mit dem Diplomvolkswirt Dr. Kurt *Kühn*.

Eidesstattliche Versicherung.

Hiermit verſichere ich an Eides Statt, daß ich der ſelbſtändige Urheber dieſer Arbeit bin, daß ich andere als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel nicht benutzt habe, und daß ich aus anderen Schriften ganz oder annähernd wörtlich entnommene Stellen als ſolche kenntlich gemacht habe.

Wuppertal-Elberfeld, den 30. September 1936.

Elſie Kühn-Leitz.